

# Die Vindikation im System des Bürgerlichen Rechts

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität  
zu Freiburg i. Br.

---

vorgelegt von  
Gerhard Ritscher  
aus Mannheim

1981

---



# **Die Vindikation im System des Bürgerlichen Rechts**

Inaugural-Dissertation  
zur Erlangung der Doktorwürde  
der Rechtswissenschaftlichen Fakultät  
der Albert-Ludwigs-Universität  
zu Freiburg i. Br.

vorgelegt von  
Gerhard Ritscher  
aus Mannheim

1981



Dekan: Prof. Dr. Albrecht Dieckmann

Erstberichterstatter: Prof. Dr. Elmar Bund

Zweitberichterstatter: Prof. Dr. J. G. Wolf

Tag der mündlichen Prüfung: 28. 1. 1981

Meinem Großvater

Otto Kettinger

1896 - 1967

in memoriam



Digitized by the Internet Archive  
in 2026

# Inhalt

|                                                       |    |
|-------------------------------------------------------|----|
| Einführung                                            | 1  |
| I. Teil: Das Besitzrecht des Eigentümers              | 3  |
| 1. Kapitel: Das dingliche Besitzrecht des Eigentümers | 4  |
| 1) Das Eigentum als umfassendes dingliches Recht      | 4  |
| 2) Das Alleineigentum                                 | 5  |
| 3) Das Miteigentum                                    | 5  |
| 4) Das Gesamthandseigentum                            | 10 |
| 5) Sonderfälle                                        | 13 |
| 2. Kapitel: Das Verwaltungsrecht des Eigentümers      | 15 |
| 1) Das Verwaltungsrecht als Korrelat des Vermögens    | 15 |
| 2) Das Alleineigentum                                 | 17 |
| 3) Das Miteigentum                                    | 17 |
| 4) Das Gesamthandseigentum                            | 19 |
| 5) Sonderfälle                                        | 22 |

|                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| II. Teil: Das Besitzrecht des Besitzers, der dem Eigentümer den Besitz vermittelt                                                     | 23 |
| 3. Kapitel: Das dingliche Besitzrecht an der Sache des Eigentümers                                                                    | 24 |
| 4. Kapitel: Das Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers                                                                          | 27 |
| 1) Die Fallgruppen                                                                                                                    | 27 |
| 2) Die Dogmatik des auf dem Verwaltungsrecht beruhenden Besitzrechts: Rechtliches "Haben", rechtliches "Können", rechtliches "Dürfen" | 30 |
| 5. Kapitel: Das obligatorische Besitzrecht gegen den Eigentümer                                                                       | 33 |
| 1) Der Meinungsstand                                                                                                                  | 33 |
| 2) Die Dogmatik des obligatorischen Besitzrechts: Rechtliches "Haben", rechtliches "Können", rechtliches "Dürfen"                     | 35 |
| 3) Der Zusammenhang zwischen § 986 I Satz 2 und § 417 I Satz 1                                                                        | 37 |
| 4) Der Zusammenhang zwischen § 986 II und § 404                                                                                       | 41 |
| 5) Der Zusammenhang zwischen den §§ 417 I Satz 1, 404 einerseits und den §§ 986 I Satz 2, 986 II andererseits                         | 42 |
| 6) Die Inkongruenz von Mobiliarsachenrecht und Immobiliarsachenrecht                                                                  | 44 |

|                                                                                    |    |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 6. Kapitel: Das Zurückbehaltungsrecht gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers | 45 |
|------------------------------------------------------------------------------------|----|

|                                                                             |    |
|-----------------------------------------------------------------------------|----|
| 1) Das Zurückbehaltungsrecht als vollstreckungsrechtliches Besitzrecht      | 45 |
| 2) Die Anwendbarkeit des § 986 II                                           | 46 |
| 3) Die Anwendbarkeit des § 986 I Satz 2                                     | 46 |
| 4) Die vermeintliche Inkongruenz von Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht | 48 |

|                                                                                                           |    |
|-----------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| III. Teil: Das Besitzrecht des Besitzers, der<br>einem Dritten den Besitz vermittelt                      | 54 |
| 7. Kapitel: Das dingliche Besitzrecht am<br>Besitzrecht des Dritten                                       | 55 |
| 8. Kapitel: Das Verwaltungsrecht am Ver-<br>mögen des Dritten                                             | 57 |
| 9. Kapitel: Das obligatorische Besitzrecht<br>gegen den Dritten                                           | 59 |
| 1) Die Fallgruppen                                                                                        | 59 |
| 2) Die Legitimation des Dritten zum Abschluß<br>des Schuldvertrages: Verwaltung und Verwal-<br>tungsmacht | 60 |
| 3) Die Zurechnung i. S. des § 986 I Satz 1<br>2. Alt.: Die fiktive Nachbildung des<br>§ 986 II            | 65 |
| 10. Kapitel: Das Zurückbehaltungsrecht gegen<br>den Herausgabeanspruch des Dritten                        | 68 |
| 1) Die Problemstellung                                                                                    | 68 |
| 2) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen wirk-<br>samen Werkvertrag abgeschlossen                         | 68 |
| 3) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen unwirk-<br>samen Werkvertrag abgeschlossen                       | 71 |
| 4) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen unwirk-<br>samen Mietvertrag abgeschlossen                       | 73 |
| 5) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen unwirk-<br>samen Verfügungsvertrag abgeschlossen                 | 74 |
| 6) Weitere Fälle                                                                                          | 76 |

|                                                                                                                                                                                                                           |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| 11. Kapitel: Die Rechtsscheintatbestände bei wirksamen Verträgen                                                                                                                                                          | 79 |
| 1) Die Problemstellung                                                                                                                                                                                                    | 79 |
| 2) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verfügungsvertrages eingewilligt                                                  | 80 |
| 3) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer                                                                                                     | 81 |
| 4) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verpflichtungsvertrages eingewilligt                                          | 81 |
| 5) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer                                                                                                 | 82 |
| 12. Kapitel: Die Rechtsscheintatbestände bei unwirksamen Verträgen                                                                                                                                                        | 84 |
| 1) Die Problemstellung                                                                                                                                                                                                    | 84 |
| 2) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verfügungsvertrages eingewilligt; der Verfügungsvertrag ist unwirksam             | 85 |
| 3) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer; der Verfügungsvertrag ist unwirksam                                                                | 89 |
| 4) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verpflichtungsvertrages eingewilligt; der Verpflichtungsvertrag ist unwirksam | 90 |
| 5) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer; der Verpflichtungsvertrag ist unwirksam                                                        | 91 |

|                                            |     |
|--------------------------------------------|-----|
| V. Teil: Die Vindikationsnebenansprüche    | 92  |
| 13. Kapitel: Der redliche Eigenbesitzer    | 93  |
| 1) Abgrenzungsprobleme                     | 93  |
| 2) Der Schadensersatzanspruch              | 94  |
| 3) Der Nutzungsherausgabeanspruch          | 95  |
| 4) Der Verwendungsersatzanspruch           | 101 |
| 14. Kapitel: Der unredliche Eigenbesitzer  | 104 |
| 1) Der Schadensersatzanspruch              | 104 |
| 2) Der Nutzungsherausgabeanspruch          | 105 |
| 3) Der Verwendungsersatzanspruch           | 106 |
| 15. Kapitel: Der redliche Fremdbesitzer    | 109 |
| 1) Der Schadensersatzanspruch              | 109 |
| 2) Der Nutzungsherausgabeanspruch          | 111 |
| 3) Der Verwendungsersatzanspruch           | 112 |
| 16. Kapitel: Der unredliche Fremdbesitzer  | 115 |
| Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse | 116 |
| Literatur                                  | I   |

## Einführung

Die vorliegende Arbeit setzt es sich zum Ziel, eine Sachen-, Personen-, Schuld- und Vollstreckungsrecht miteinander verbindende und insoweit übergreifende Architektur des Vindikationsrechts zu entwickeln.

Im Mittelpunkt der Untersuchung steht das Verwaltungsrecht, das grundsätzlich der Vermögensinhaber selbst an seinem Vermögen und an den einzelnen dieses Vermögen bildenden Gegenständen hat. Ich halte dieses Institut für das Zentralinstitut des Vermögensrechts. Belastet der Eigentümer seine Sache mit einem Nießbrauch, scheidet nicht nur das dingliche Besitzrecht sondern insoweit auch das Verwaltungsrecht aus seinem Vermögen aus. Verliert er die Geschäftsfähigkeit, verliert er auch das Verwaltungsrecht an seinem Vermögen. Vermietet er seine Sache, schränkt er sein Verwaltungsrecht im Verhältnis zu seinem Mieter ein. Begegnet sein Vindikationsanspruch einem Zurückbehaltungsrecht, ist sein Verwaltungsrecht bezogen auf die Vollstreckungsmöglichkeit eingeschränkt.

Auch das abgeleitete Besitzrecht ist m. E. nicht ohne einen Rückgriff auf das Verwaltungsrecht des Eigentümers zu verstehen, greift doch der Dritte, von dem der Besitzer sein Besitzrecht ableitet, insoweit auch in einen Rechtskreis ein, dessen Verwaltung dem Eigentümer obliegt. An dieser Stelle wird die Einführung eines neuen Instituts vorzuschlagen sein: Die Verwaltung mit bzw. ohne Verwaltungsmacht.

Die Erkenntnisse zum Verwaltungsrecht können schließlich nicht ohne Einfluß auf das Verständnis der Rechtsscheintatbestände und auf die Struktur der Vindikationsnebenansprüche bleiben. Hier wie dort hat deshalb eine kritische Überprüfung des Meinungsstandes zu erfolgen.

Mein herzlicher Dank gilt Professor Dr. Elmar Bund für die Betreuung dieser Arbeit.

Gerhard Ritscher

## I. Teil

### Das Besitzrecht des Eigentümers

---

## 1. Kapitel

### Das dingliche Besitzrecht des Eigentümers

#### 1) Das Eigentum als umfassendes dingliches Recht

Das Eigentum ist das schlechthin umfassende dingliche Recht, das die Rechtsordnung an einer Sache kennt.<sup>1)</sup> Der Eigentümer hat auf Grund seines Eigentums namentlich das dingliche Recht, mit der Sache rechtlich nach Belieben zu verfahren, sie z. B. zu übereignen.<sup>2)</sup> Er hat auf Grund seines Eigentums aber auch das dingliche Recht, mit der Sache tatsächlich nach Belieben zu verfahren, sie z. B. zu besitzen.<sup>3)</sup> Er hat schließlich auf Grund seines Eigentums nach den §§ 985, 1004, 1005 insgesamt drei dingliche Ansprüche, die sein dingliches Recht, mit der Sache tatsächlich nach Belieben zu verfahren, verwirklichen sollen.<sup>4)</sup>

Im folgenden sind das dingliche Besitzrecht und der Herausgabeanspruch bei den drei Eigentumsformen Alleineigentum, Miteigentum und Gesamthandseigentum zu untersuchen. Abschließend sind Sonderfälle zu erörtern.

---

1) Wolff - Raiser Sachenrecht § 51 II.

2) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 903 Anm. 2 a.

3) Vgl. z. B. Staudinger - Seufert § 903 Rdz. 14.

4) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 436. Paragraphen ohne Gesetzesangabe sind solche des BGB.

## 2) Das Alleineigentum

Dem Alleineigentum entspricht das dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz. Der Alleineigentümer hat nach § 985 einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Alleinbesitzes durch Herausgabe der Sache an sich selbst, wenn er natürliche Person ist, durch Herausgabe der Sache an sein Organ, wenn er juristische Person ist.<sup>5)</sup> Dies bedarf keiner weiteren Erörterung.

## 3) Das Miteigentum

Dem Miteigentum nach § 1008 entspricht das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz nach § 866.<sup>6)</sup> Es empfiehlt sich, von vorne herein drei Anspruchsebenen zu unterscheiden:

Die mehreren Miteigentümer haben nach § 985 aus gemeinschaftlichem Recht einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes gemeinschaftlich miteinander durch Herausgabe der Sache an alle Miteigentümer gemeinschaftlich.<sup>7)</sup>

Jeder der mehreren Miteigentümer hat nach den §§ 985, 1011, 432 aus gemeinschaftlichem Recht in gesetzlicher Prozessstandschaft gleichfalls einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes gemeinschaftlich mit den übrigen

5) Der Besitz des Organs wird der juristischen Person "zugerechnet", vgl. z. B. BGHZ 57, 166 (167 f.).

6) Vgl. z. B. Eichler Institutionen des Sachenrechts I, 160 f.

7) Nach Stein - Jonas - Leipold § 62 Rdz. 8 liegt wegen Unteilbarkeit des streitigen Rechts ein Fall notwendiger Streitgenossenschaft vor.

Miteigentümern durch Herausgabe der Sache an alle Miteigentümer gemeinschaftlich.<sup>8)</sup>

Jeder der mehreren Miteigentümer hat schließlich nach § 985 auch aus eigenem Recht einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes.<sup>9)</sup> Nach allgemeiner Ansicht hat er aber insoweit keinen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes gerade gemeinschaftlich mit den übrigen Miteigentümern, d. h. keinen Anspruch auf Herausgabe der Sache an alle Miteigentümer gemeinschaftlich.<sup>10)</sup> Diese Ansicht begegnet Bedenken.

Dem Miteigentum vergleichbar sind in dem hier interessierenden Zusammenhang die beschränkten Sachenrechte. "Es handelt sich bei der Bestellung beschränkter Sachenrechte nicht anders als bei der Bestellung von Miteigentum um eine Verteilung der Eigentumsbefugnisse auf mehrere Personen."<sup>11)</sup> Die mehreren Miteigentümer haben gleichstufige Besitzrechte: Jeder Miteigentümer hat das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz.<sup>12)</sup> Der Inhaber eines zum Besitz berechtigenden beschränkten Sachenrechts und der Eigentümer haben ungleichstufige Besitzrechte: Der Inhaber des beschränkten Sachenrechts hat das dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz, der Eigentümer hat das dingliche Recht zum mittelbaren Alleinbesitz.<sup>13)</sup>

8) Der Miteigentümer ist Prozeßstandschafter sowohl nach § 1011 (Miteigentümer) als auch nach § 432 (Mitgläubiger einer unteilbaren Leistung), Planck - Strecker § 1011 Anm. 2.

9) Eine ausdrückliche Hervorhebung dieses Anspruchs enthielt noch § 951 I des I. Entwurfs zum BGB.

10) Vgl. z. B. Eichler Institutionen des Sachenrechts I, 160.

11) Scherk, Die Einrede aus dem Recht zum Besitz gegenüber dem Eigentumsanspruch auf Herausgabe der Sache (§ 986 I BGB), Jher. J. 67 (1917) 301 ff. (315).

12) Vgl. FN 6.

13) Scherk a.a.O. (316 f.). Die Einzelheiten zu § 986 finden sich in den beiden folgenden Teilen.

Im ersten Fall kann man von einer vertikalen, im zweiten Fall von einer horizontalen Einschränkung des Eigentümerbesitzrechts sprechen.

Der Eigentümer einer solchermaßen belasteten Sache hat aber nicht nur das dingliche Recht zum mittelbaren Besitz, sondern das dingliche Recht zum mittelbaren, gerade "durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz".<sup>14)</sup> Das Besitzrecht des Eigentümers der belasteten Sache ist also nicht abstrakt, sondern konkret durch das Besitzrecht des Berechtigten eingeschränkt.

Beispiel: Eigentümer E räumt dem N einen Nießbrauch an seinem Lastwagen ein. X nimmt den Lastwagen in Folge eines Irrtums an sich. E fordert den X auf, den Lastwagen an N zurückzugeben. Da keine sofortige Klärung zu erreichen ist, vereinbaren E und X, daß dieser den Lastwagen einstweilen für E verwahre. Hier war zunächst N unmittelbarer Besitzer und E mittelbarer Besitzer erster Stufe. Nunmehr ist X unmittelbarer Besitzer, E abermals mittelbarer Besitzer erster Stufe und N mittelbarer Besitzer zweiter Stufe. E hat aber nach wie vor gegen X nach den §§ 985, 986 I Satz 2 einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Besitzes erster Stufe vermittelt gerade durch N durch Herausgabe des Lastwagens an N.

Es stellt sich die Frage, ob nicht auch der Miteigentümer nicht nur das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz, sondern das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz gerade gemeinschaftlich mit den übrigen Miteigentümern hat. Das ist dann der Fall, wenn auch das Besitzrecht des Miteigentümers nicht abstrakt, sondern konkret durch das Besitzrecht der übrigen Miteigentümer eingeschränkt ist.

Beispiel: A und B sind Miteigentümer eines Lastwagens. X entzieht dem B den Mitbesitz. A hat gegen X nach den §§ 985, 1011, 432 aus gemeinschaftlichem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft einen Anspruch auf Wiedereinräumung des unmittelbaren Mitbesitzes an B. Er hat aber nach allgemeiner

---

14) Scherk a.a.O. (317).

Ansicht nach § 985 aus eigenem Recht keinen Anspruch. A ist danach in seinem Recht als Miteigentümer deshalb nicht betroffen, weil er nach dieser Ansicht nur das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz, nicht aber das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz gerade gemeinschaftlich mit B hat. Nach dieser Ansicht ist das Besitzrecht des A also abstrakt, nicht konkret durch das Besitzrecht des B eingeschränkt.

Die Problematik dieser Auffassung wird offenbar, soweit nicht Ansprüche gegen einen Dritten, sondern Ansprüche gegen einen anderen Miteigentümer in Frage stehen. Ein Anspruch nach den §§ 985, 1011, 432 kann sich nur gegen Dritte, nicht gegen einen anderen Miteigentümer richten.<sup>15)</sup>

Beispiel: A, B und C sind zu je einem Drittel Miteigentümer eines Lastwagens. C entzieht dem B den Mitbesitz. Ein Anspruch des A nach den §§ 985, 1011, 432 aus gemeinschaftlichem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft kommt gegen C von vorne herein nicht in Betracht. Ein Anspruch des A nach § 985 aus eigenem Recht setzt voraus, daß A das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz gerade gemeinschaftlich mit allen Miteigentümern hat, daß sein Besitzrecht also nicht abstrakt, sondern konkret durch das Besitzrecht gerade aller übrigen Miteigentümer eingeschränkt ist.

Die Problematik des Rechts zum Realbesitz wiederholt sich bei der Frage nach dem Recht zum Buchbesitz. Auch ein Anspruch nach den §§ 894, 1011, 432 kann sich nur gegen Dritte, nicht gegen einen anderen Miteigentümer richten.<sup>16)</sup>

Beispiel: A, B und C sind zu je einem Drittel Miteigentümer eines Grundstücks. C "entzieht" dem B den Buchbesitz dergestalt, daß er unter Vorlage gefälschter Urkunden seine Eintragung zu zwei Dritteln erwirkt. Ein Anspruch des A nach den §§ 894, 1011, 432 aus gemeinschaftlichem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft kommt gegen C von vorne herein nicht in Betracht. Ein Anspruch des A nach § 894 aus eigenem Recht setzt voraus, daß der Inhalt des Grundbuchs hinter dem Recht gerade des A zurückbleibt, was wiederum voraussetzt, daß A das dingliche Recht zum Buchbesitz gerade gemeinschaftlich mit allen Miteigentümern hat, daß sein Recht zum Buchbesitz also nicht abstrakt, sondern konkret durch das Recht zum Buchbesitz gerade aller übrigen Miteigentümer eingeschränkt ist.

---

15) Der Miteigentümer kann insoweit nur sein Anteilsrecht geltend machen, vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 1011 Anm. 1.

16) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 894 Anm. 4 a.

Für eine Differenzierung zwischen horizontaler und vertikaler Einschränkung des Eigentümerbesitzrechts sind Gründe nicht ersichtlich. Die juristische Konstruktion ist nach der hier vertretenen Auffassung in beiden Fällen vielmehr dieselbe. Anspruchsgrund ist das Eigentum schlechthin: Der Eigentümer kann grundsätzlich nach § 985 Herausgabe an sich selbst verlangen. Die horizontale Einschränkung des Eigentümerbesitzrechts ist eine anspruchseinschränkende Gegennorm: Der Eigentümer kann im konkreten Fall nach den §§ 985, 986 I Satz 2 nur Herausgabe an den Berechtigten verlangen.<sup>17)</sup> Die vertikale Einschränkung des Eigentümerbesitzrechts ist gleichfalls eine anspruchseinschränkende Gegennorm: Der Eigentümer kann im konkreten Fall nach den §§ 985, 986 I Satz 2 analog nur Herausgabe an alle Miteigentümer gemeinschaftlich verlangen.<sup>18)</sup> Nach der hier vertretenen Auffassung entspricht der Vindikationsanspruch des Miteigentümers aus eigenem Recht mithin dem Vindikationsanspruch des Miterben aus gesamthänderisch gebundenem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft.<sup>19)</sup>

Auch auf den Vindikationsanspruch des Miteigentümers kann § 986 Anwendung finden.<sup>20)</sup>

Beispiel: A und B sind Miteigentümer eines Traktors. Sie vermieten und übergeben ihn an X. Der Dieb D entwendet den Traktor. Jeder Miteigentümer hat gegen D nach den §§ 985,

17) Es kann an dieser Stelle noch dahingestellt bleiben, ob § 986 als eine Einwendung oder als eine Einrede anzusehen ist.

18) Die analoge Anwendung des § 986 I Satz 2 ist m. E. auch dann erforderlich, wenn man dem Miteigentümer mit der allgemeinen Ansicht nur einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes schlechthin zuerkennt. Das hier gewonnene Ergebnis kann im übrigen außer auf § 894 auch auf § 1007 und, im Rahmen des § 866, auf § 861 übertragen werden.

19) Vgl. die Ausführungen zum Gesamthandseigentum.

20) Die Einzelheiten zu § 986 finden sich in den beiden folgenden Teilen.

1011, 432, 986 I Satz 2 aus gemeinschaftlichem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes gemeinschaftlich mit dem jeweils anderen Miteigentümer durch Herausgabe des Traktors an X. Nach der hier vertretenen Auffassung hat jeder Miteigentümer nach den §§ 985, 986 I Satz 2 analog, 986 I Satz 2 auch aus eigenem Recht diesen Anspruch.

Beispiel: A und B sind Miteigentümer eines Traktors. Sie vermieten und übergeben ihn an den Miteigentümer B. Der Dieb D entwendet den Traktor. Abermals hat jeder Miteigentümer nach den §§ 985, 1011, 432, 986 I Satz 2 aus gemeinschaftlichem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Mitbesitzes gemeinschaftlich mit dem jeweils anderen Miteigentümer, in diesem Fall durch Herausgabe des Traktors an B. Nach der hier vertretenen Auffassung hat jeder Miteigentümer nach den §§ 985, 986 I Satz 2 analog, 986 I Satz 2 auch aus eigenem Recht diesen Anspruch.

#### 4) Das Gesamthandseigentum

Noch immer ungeklärt ist die Rechtslage beim Gesamthandseigentum. Umstritten ist, ob das Gesetz die Rechtsfigur eines Gesamthandsbesitzes kennt.<sup>21)</sup> Der im Rahmen dieser Untersuchung vordringlich interessierende Vindikationsanspruch steht im Ergebnis allerdings außerhalb des Meinungsstreits.<sup>22)</sup>

Die Gesamthänder sind jedenfalls nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit Eigentümer und haben mithin auch nur in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz. Dem Gesamthandseigentum entspricht folglich das dingliche Recht zum unmittelbaren

---

21) Vgl. den Nachweis in Palandt - Bassenge § 854 Anm. 6.

22) Die Gesamthandseigentümer haben im Ergebnis jedenfalls einen Anspruch auf Herausgabe der Sache an alle Gesamthandseigentümer gemeinschaftlich, vgl. die folgenden Ausführungen.

Gesamthandsbesitz.<sup>23)</sup> Es empfiehlt sich auch hier, von vorne herein drei Anspruchsebenen zu unterscheiden:

Die Gesamthand hat nach § 985 aus gesamthänderisch gebundenem Recht einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Gesamthandsbesitzes durch Herausgabe der Sache an alle Gesamthandseigentümer gemeinschaftlich.<sup>24)</sup> Dieser Anspruch kann sich sowohl gegen Dritte als auch gegen einen Gesamthandseigentümer richten.<sup>25)</sup>

Eine § 1011 funktionelle entsprechende Regelung findet sich in § 2039.<sup>26)</sup> Bei der Miterbengemeinschaft hat jeder der mehreren Miterben nach den §§ 985, 2039, 432 aus gesamthänderisch gebundenem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Gesamthandsbesitzes durch Herausgabe der Sache an alle Miterben gemeinschaftlich.<sup>27)</sup> Der Anspruch des Miterben kann sich, da er

23) Kuchinke, Die Besitzlage bei Sachgütern des Gesellschaftsvermögens, Festschrift Paulick, 1973, 45 ff. (53).

24) Besitzer ist also sowohl die Gesamthand, d. h. die Gesamthänder gerade in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, als auch in der Form des Mitbesitzes der einzelne Gesamthänder. Der Mitbesitz der einzelnen Gesamthänder wird, entsprechend der Rechtslage bei der juristischen Person, der Gesamthand "zugerechnet", Flume, Die Gesamthand als Besitzer, Freundesgabe Hengeler, 1972, 76 ff. (80).

25) Das Gesamthandsvermögen ist ein vom Privatvermögen der einzelnen Gesamthänder zu unterscheidendes Sondervermögen.

26) Soergel - Baur § 1011 Rdz. 4.

27) Der Miterbe ist Prozeßstandschafter sowohl nach § 2039 (Miterbe) als auch nach § 432 (Gesamthandsgläubiger einer unteilbaren Leistung), RGZ 70, 32 (34). § 432 gilt nach h. M. auch für Gesamthandsforderungen, soweit nicht Gesetz oder Vertrag das Recht, Geschäfte der Gesamthand im eigenen Namen zu führen, ausschließen, vgl. z. B. BGHZ 39, 14 (15). Da die §§ 2032 ff. den §§ 741 ff. weitgehend nachgebildet sind, bestehen gegen eine Anwendung des § 432 bei der Erbengemeinschaft m. E. keine Bedenken.

materiell der Miterbengemeinschaft zusteht, sowohl gegen Dritte als auch gegen einen Miterben richten.<sup>28)</sup>

Bei der von beiden Ehegatten gemeinschaftlich verwalteten ehelichen Gütergemeinschaft hat jeder Ehegatte, aber nur gegen den anderen Ehegatten, nach den §§ 985, 1455 Nr. 6, 432 aus gesamthänderisch gebundenem Recht in gesetzlicher Prozeßstandschaft einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Gesamthandsbesitzes durch Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes.<sup>29)</sup>

Der einzelne Gesamthänder hat dagegen keinen Anspruch nach § 985 aus eigenem Recht. Er ist zwar Eigentümer, er ist aber Eigentümer nur in seiner gesamthänderischen Verbundenheit mit den übrigen Gesamthandseigentümern. Soweit er aber wie der Miterbe in gesetzlicher Prozeßstandschaft klagen kann, ist er im Ergebnis wie ein Miteigentümer geschützt.<sup>30)</sup>

Auch auf den Vindikationsanspruch der Gesamthand kann § 986 Anwendung finden.<sup>31)</sup>

Beispiel: A und B sind Gesamthandseigentümer eines Traktors. Sie vermieten und übergeben ihn an X. Der Dieb D entwendet den Traktor. Die Gesamthand A und B hat gegen D nach den §§ 985, 986 I Satz 2 aus gesamthänderisch gebundenem Recht einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Gesamthandsbesitzes durch Herausgabe des Traktors an X.

Beispiel: A und B sind Gesamthandseigentümer eines Traktors. Sie vermieten und übergeben ihn an den Gesamthandseigentümer B. Der Dieb D entwendet den Traktor. Abermals hat die Gesamt-

28) Vgl. BGH LM Nr. 3 zu § 249 (Fa).

29) Der Ehegatte ist Prozeßstandschaftler sowohl nach § 1455 Nr. 6 (Ehegatte) als auch nach § 432 (Gesamthandsgläubiger einer unteilbaren Leistung), in beiden Fällen aber nur zur Prozeßführung gegen den anderen Ehegatten legitimiert.

30) Vgl. die Ausführungen zum Miteigentum.

31) Die Einzelheiten zu § 986 finden sich in den beiden folgenden Teilen.

hand A und B nach den §§ 985, 986 I Satz 2 aus gesamthänderisch gebundenem Recht einen Anspruch auf Einräumung des mittelbaren Gesamthandsbesitzes, in diesem Fall durch Herausgabe des Traktors an B.

## 5) Sonderfälle

Eine Mischform stellt das Wohnungs- bzw. Teileigentum nach § 1 WEG dar. Es ist Miteigentum nach § 1008, verstärkt durch eigenes Sondereigentum, beschränkt durch fremdes Sondereigentum.<sup>32)</sup> Der Wohnungs- bzw. Teileigentümer hat mithin das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz nach § 866, verstärkt durch das eigene dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz an den in eigenem Sondereigentum stehenden Räumen, beschränkt durch das fremde dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz an den in fremdem Sondereigentum stehenden Räumen.

In diesem Zusammenhang sei noch das Erbbaurecht nach § 11 ErbbRVO erwähnt. Es ist kein Miteigentum, sondern ein beschränktes dingliches Recht und zugleich ein grundstücksgleiches Recht.<sup>33)</sup> Nach § 12 I Satz 1 ErbbRVO gilt jedoch das auf Grund des Erbbaurechts errichtete Gebäude als wesentlicher Bestandteil des Erbbaurechts: Nicht der Grundstückseigentümer, sondern der Erbbauberechtigte ist Eigentümer des Bauwerks. Der Erbbauberechtigte hat mithin auf Grund seines Alleineigentums das dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz an dem Bauwerk, während der Grundstückseigentümer mangels dinglicher Mitberechtigung insoweit überhaupt kein Besitzrecht hat. Im übrigen hat der Erbbauberechtigte auf Grund seines Erbbaurechts das dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz an dem Grundstück, während

---

32) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge Überbl. 2 A vor § 1 WEG.

33) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge Überbl. 3 b vor § 1012.

dem Grundstückseigentümer auf Grund seines Alleineigentums an dem Grundstück insoweit das dingliche Recht zum mittelbaren Besitz verbleibt.

Eine Kombination von Erbbaurecht einerseits und Wohnungs- bzw. Teileigentum andererseits stellt schließlich das Wohnungs- bzw. Teilerbbaurecht nach § 30 WEG dar. Jeder der mehreren Erbbauberechtigten ist Miteigentümer des Bauwerks nach § 12 I Satz 1 ErbBRVO i. V. m. § 1008, verstärkt durch eigenes Sondereigentum, beschränkt durch das Sondereigentum der übrigen Erbbauberechtigten. Er hat weiter das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz an dem Bauwerk nach § 866, verstärkt durch das eigene dingliche Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz an den in eigenem Sondereigentum stehenden Räumen, beschränkt durch das dingliche Recht der übrigen Erbbauberechtigten zum unmittelbaren Alleinbesitz an den in ihrem Sondereigentum stehenden Räumen, während der Grundstückseigentümer mangels dinglicher Mitberechtigung insoweit überhaupt kein Besitzrecht hat. Er hat schließlich auf Grund seines Anteils am Erbbaurecht das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz an dem Grundstück nach § 866, während dem Grundstückseigentümer auf Grund seines Alleineigentums an dem Grundstück insoweit das dingliche Recht zum mittelbaren Besitz verbleibt.

## 2. Kapitel

### Das Verwaltungsrecht des Eigentümers

#### 1) Das Verwaltungsrecht als Korrelat des Vermögens

Das Verwaltungsrecht ist ein absolutes Recht, aber es ist kein dingliches Recht.<sup>34)</sup> Grundsätzlich hat der Vermögensinhaber selbst das Verwaltungsrecht an seinem Vermögen und zugleich an den dieses Vermögen bildenden einzelnen Vermögensgegenständen. Das Verwaltungsrecht ist aber weder ein Teilinhalt des Vermögens noch ein Teilinhalt der dieses Vermögen bildenden einzelnen Vermögensgegenstände.<sup>35)</sup> Als Teilinhalt des Vermögens, d. h. als dingliches Recht am Vermögen als ganzem, kann das Verwaltungsrecht von vorne herein nicht aufgefaßt werden.<sup>36)</sup> Dem Bürgerlichen Recht sind dingliche Rechte am Vermögen als ganzem unbekannt. Auch der in den §§ 1085 ff. geregelte "Nießbrauch an einem Vermögen" ist kein Nießbrauch am Vermögen als ganzem, sondern eine Summe von Nießbrauchsrechten an den dieses Vermögen bildenden einzelnen Vermögensgegenständen.<sup>37)</sup> Das Verwaltungsrecht kann

34) Dölle Familienrecht II § 94 I; Gernhuber Familienrecht § 38 VI 2; BGB - RGRK - Scheffler § 1638 Anm. 1; Palandt - Diederichsen § 1638 Anm. 1; Soergel - Lange § 1638 Rdz. 2; RGJ 49, 207 (211).

35) Das Verwaltungsrecht besteht allerdings an den einzelnen Vermögensgegenständen, "ergreift sie aber nur in ihrer Zugehörigkeit zu einem bestimmten Vermögen," Enneccerus - Kipp - Wolff Bürgerliches Recht 4, Familienrecht § 47 II 2.

36) A. A. Siber, Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB, Jher. J. 67 (1917) 81 ff. (92).

37) RGZ 153, 29 (31).

aber auch nicht als Teilinhalt der einzelnen Vermögensgegenstände, d. h. als Summe von dinglichen Rechten an den einzelnen Vermögensgegenständen, aufgefaßt werden.<sup>38)</sup> Es ist kein Ausschnitt aus einem Recht, sondern selbständiges Recht: Das Verwaltungsrecht ist das Korrelat des Vermögens.

Diejenigen Fälle, in denen nicht der Eigentümer, sondern an seiner Stelle ein Dritter das Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers hat, sind erst im 4. Kapitel zu untersuchen.<sup>39)</sup> Es sind dies die Fälle, in denen der Eigentümer zwar das dingliche Recht zum Besitz, aber der Verwaltungsberechtigte das auf dem Verwaltungsrecht beruhende absolute Recht zum Besitz hat. Dort wird auch eine eingehende Analyse der Dogmatik des auf dem Verwaltungsrecht beruhenden Besitzrechts erfolgen. Vorab kann nur die Feststellung getroffen werden, daß der Inhaber des dinglichen Besitzrechts und der Inhaber des absoluten Besitzrechts offenbar nicht von vorne herein identisch sind.<sup>40)</sup> Im Zusammenhang des 2. Kapitel interessieren nur die "Normalfälle", in denen der Eigentümer selbst das Verwaltungsrecht an seinem Vermögen hat. Aber auch hier ist bereits die Frage aufzuwerfen, in welchen Fällen der Inhaber des dinglichen Besitzrechts und der Inhaber des absoluten Besitzrechts nicht identisch sind.

Im folgenden sind das absolute Besitzrecht und ggf. der Herausgabeanspruch abermals bei den drei Eigentumsformen Alleineigentum, Miteigentum und Gesamthandseigentum zu untersuchen. Abschließend sind wiederum Sonderfälle zu erörtern.

---

38) Scherk a.a.O. (vgl. FN 11) (338).

39) Dieser Fallgruppe unterfällt historisch und systematisch auch die von nur einem Ehegatten verwaltete eheliche Gütergemeinschaft, Siber a.a.O. (94).

40) Die Eltern etwa haben das absolute Besitzrecht an den dem Kind gehörenden Sachen, vgl. im einzelnen die Ausführungen im 4. Kapitel.

## 2) Das Alleineigentum

Der Alleineigentümer hat, da sein Verwaltungsrecht regelmäßig das Alleinverwaltungsrecht an den einzelnen Vermögensgegenständen und damit auch das Alleinverwaltungsrecht an der in seinem Eigentum stehenden Einzelsache umfaßt, grundsätzlich das absolute Recht zum unmittelbaren Alleinbesitz. Insoweit bedarf es keiner weiteren Erörterung. Die Ausnahme bei der ehelichen Wohnung und den Haushaltsgegenständen des verheirateten Alleineigentümers ist im Rahmen der Sonderfälle darzustellen.

## 3) Das Miteigentum

Der Miteigentümer hat an einer Sache, die im Miteigentum steht und deshalb mehreren Vermögen angehört, nur das Mitverwaltungsrecht, § 744 I.<sup>41)</sup> Folgerichtig hat er auch nur das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz.<sup>42)</sup> Sein An-

---

41) Der Terminus "Mitverwaltungsrecht" betont stärker als der gebräuchliche Terminus "gemeinschaftliches Verwaltungsrecht" das Recht gerade des Einzelnen, ohne daß damit jedoch ein sachlicher Unterschied ausgedrückt werden soll. Entsprechende Begriffspaare sind im übrigen "Miteigentum" und "gemeinschaftliches Eigentum" sowie "Mitbesitz" und "gemeinschaftlicher Besitz".

42) Erman - Schulze - Wenck § 743 Rdz. 4; BGH JZ 1978, 613 (614). Der absolute Charakter dieses Besitzrechts ergibt sich allerdings gerade nicht aus § 743 II, der nur die schuldrechtlichen Befugnisse im Innenverhältnis regelt, so zutreffend Lange - Kuchinke Erbrecht § 45 II 6 c. Unter die Verwaltung i. w. S. fällt einerseits die Verwaltung i. e. S., die dem gemeinsamen Interesse dient, und andererseits die Benutzung, die dem Interesse des Einzelnen dient, Soergel - Schultze - v. Lasaulx § 744 Rdz. 2. Zum Inhalt des Rechts zum Mitbesitz vgl. bereits die Ausführungen zum Miteigentum im 1. Kapitel.

teilsrecht gehört dagegen nur seinem eigenen Vermögen an und untersteht mithin seinem Alleinverwaltungsrecht. Da aber auch dem Anteilsrecht für sich betrachtet nur das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz entspricht, hat er auch unter diesem Gesichtspunkt nur das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz.

Während das Prinzip des Mitverwaltungsrechts im Bereich des materiellen Rechts streng durchgeführt ist, konkurriert es im Bereich des formellen Rechts mit einem zusätzlichen Alleinverwaltungsrecht des einzelnen Miteigentümers: Die mehreren Miteigentümer haben nicht nur gemeinschaftlich das Prozeßführungsrecht, sondern der einzelne Miteigentümer ist zugleich Prozeßstandschafter, § 1011.<sup>43)</sup>

Die Miteigentümer können nach § 745 I die Verwaltung und Benutzung durch Beschluß regeln. Sie können beschließen, die Verwaltung der Sache einem Miteigentümer oder einem Dritten durch den Abschluß eines Dienstvertrages oder Auftrags zu überlassen.<sup>44)</sup> Sie können beschließen, die Benutzung der Sache einem Miteigentümer oder einem Dritten durch den Abschluß eines Miet-, Leih- oder Pachtvertrages zu überlassen.<sup>45)</sup> In jedem Fall hat die Regelung der Verwaltung und Benutzung nach den §§ 746, 1010 I Wirkung für und gegen den Sondernachfolger. Die h. M. nimmt, freilich ohne die Konstruktion zu erörtern, eine dinglich wirkende Umgestaltung des Miteigentumsverhältnisses an.<sup>46)</sup> Diese Ansicht setzt sich über die systematische Trennung

43) Vgl. FN 8.

44) Planck - Lobe § 744 Anm. 6; BGHZ 34, 367 (370).

45) OLG Karlsruhe JW 1932, 3013; BGH MDR 1969, 658.

46) Vgl. z. B. Staudinger - Vogel § 746 Rdz. 2.

von Schuldrecht und Sachenrecht hinweg. Wie § 571 I sind auch die §§ 746, 1010 I vielmehr ein Unterfall des eigenständigen Instituts "Gesetzlicher Eintritt eines Sondernachfolgers in ein Rechtsverhältnis". Neben dem Institut der beschränkten dinglichen Rechte und dem Institut der Gesamtnachfolge ist das Institut des gesetzlichen Eintritts eines Sondernachfolgers in ein Rechtsverhältnis das dritte Institut, das Rechtspositionen perpetuiert.

#### 4) Das Gesamthandseigentum

Die Gesamthandseigentümer haben an einer Sache, die im Gesamthandseigentum steht und deshalb ihrem Gesamthandsvermögen angehört, in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit das Verwaltungsrecht.<sup>47)</sup> Insoweit haben sie das absolute Recht zum unmittelbaren Gesamthandsbesitz. Der einzelne Gesamthandseigentümer hat aber einen Anteil am Gesamthandsvermögen. Dieser Anteil gehört nur seinem eigenen Vermögen an und untersteht mithin seinem Alleinverwaltungsrecht. Der einzelne Gesamthandseigentümer hat auf Grund seines Anteils am Gesamthandsvermögen das Mitverwaltungsrecht am Gesamthandsvermögen. Insoweit hat er, wie sogleich im einzelnen nachzuweisen ist, das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz:

Bei der Miterbengemeinschaft hat jeder der mehreren Miterben das Mitverwaltungsrecht, § 2038 I Satz 1. Folgerichtig hat er das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz an den zum Nachlaß gehörenden Sachen.<sup>48)</sup>

---

47) Hueck Gesellschaftsrecht § 3 II.

48) Vgl. den Nachweis in FN 42.

Die Gesamthand, d. h. die Gesamthänder gerade in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, als Inhaberin des dinglichen Rechts zum unmittelbaren Gesamthandsbesitz ist identisch mit sich selbst als Inhaberin des absoluten Rechts zum unmittelbaren Gesamthandsbesitz. Die Gesamthand, d. h. wiederum die Gesamthänder gerade in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit, als Inhaberin des dinglichen Rechts zum unmittelbaren Gesamthandsbesitz ist aber nicht identisch mit den einzelnen Miterben als Inhabern des absoluten Rechts zum unmittelbaren Mitbesitz.<sup>49)</sup> Klagen die mehreren Miterben nach § 985 auf Herausgabe der Sache an alle Miterben gemeinschaftlich, so können sie mit diesem Klageantrag folglich sowohl ihr kollektives Recht (Einräumung des unmittelbaren Gesamthandsbesitzes) als auch ihre individuellen Rechte (Einräumung des unmittelbaren Mitbesitzes gemeinschaftlich miteinander) verfolgen.

Auch bei der Miterbengemeinschaft konkurriert im übrigen das Mitverwaltungsrecht im Bereich des formellen Rechts mit einem zusätzlichen Alleinverwaltungsrecht des einzelnen Miterben: Die mehreren Miterben haben nicht nur gemeinschaftlich das Prozeßführungsrecht, sondern der einzelne Miterbe ist zugleich Prozeßstandschafter, § 2039.<sup>50)</sup>

Die von beiden Ehegatten gemeinschaftlich verwaltete eheliche Gütergemeinschaft ist voraussetzungsgemäß dadurch gekennzeichnet, daß jeder Ehegatte das Mitverwaltungsrecht hat. Folgerichtig hat jeder Ehegatte das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz an den zum Gesamtgut gehörenden Sachen.<sup>51)</sup>

Auch bei der ehelichen Gütergemeinschaft konkurriert schließlich das Mitverwaltungsrecht im Bereich des formellen Rechts

49) Vgl. FN 25.

50) Vgl. FN 27.

51) Palandt - Diederichsen § 1450 Anm. 3 b.

mit einem Alleinverwaltungsrecht jedes Ehegatten, wobei sich diese beiden Verwaltungsrechtsformen in ihren jeweiligen Anwendungsbereichen allerdings gegenseitig ausschließen: Für Prozesse gegen Dritte haben die Ehegatten nur gemeinschaftlich das Prozeßführungsrecht, § 1450 I Satz 1 a. E.; für Prozesse gegeneinander sind die Ehegatten nur Prozeßstandschafter, § 1455 Nr. 6.<sup>52)</sup>

Bei denwerbenden Gesamthandsgemeinschaften, den Gesellschaften, findet sich keine Regelung des Verwaltungsrechts. Die Gesellschafter haben aber jedenfalls in ihrer gesamthänderischen Verbundenheit das Verwaltungsrecht. Die Möglichkeit eines gemeinsamen Handelns aller Gesellschafter gemeinschaftlich wird auch durch die Regelung des Geschäftsführungsrechts und des Vertretungsrechts nicht ausgeschlossen. Die Gesellschafter haben also das absolute Recht zum unmittelbaren Gesamthandsbesitz. Das nach der Systematik des Gesamthandsrechts zu erwartende Mitverwaltungsrecht des einzelnen Gesellschafters wird nun allerdings in ein modifizierbares Verwaltungsrecht im Innenverhältnis (Geschäftsführungsrecht) und in ein modifizierbares Verwaltungsrecht im Außenverhältnis (Vertretungsrecht) aufgeschlüsselt.<sup>53)</sup> Davon ausgenommen bleibt jedoch das absolute Recht des einzelnen Gesellschafters zum unmittelbaren Mitbesitz an den zum Gesellschaftsvermögen gehörenden Sachen.<sup>54)</sup> Im übrigen klagt das eine Organ (Vertreter) auf Herausgabe der Sache an das andere Organ (Geschäftsführer).<sup>55)</sup> Daneben ist für eine Prozeßstandschaft

---

52) Vgl. FN 29. § 1450 I Satz 1 a. E. schließt eine Prozeßstandschaft nach § 432 Dritten gegenüber aus.

53) Vgl. Bartholomeyczik - Schlüter Erbrecht § 38 I.

54) Die Regelung des Geschäftsführungsrechts kann als Regelung im Innenverhältnis nur relative Wirkung haben.

55) Der Besitz des Geschäftsführers ist den einzelnen Gesellschaftern "zuzurechnen".

des einzelnen Gesellschafters grundsätzlich kein Raum.<sup>56)</sup>

## 5) Sonderfälle

Der Gesetzgeber hat in einer Reihe von Fällen das Verwaltungsrecht des Alleineigentümers eingeschränkt. So hat der Alleineigentümer z. B. nach den §§ 1365, 1369 nicht das volle Verwaltungsrecht in Bezug auf den Abschluß von Verpflichtungs- und Verfügungsverträgen. Auch das Verwaltungsrecht des verheirateten Alleineigentümers der ehelichen Wohnung und der Haushaltsgegenstände ist eingeschränkt: Jeder Ehegatte hat das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz an der ehelichen Wohnung und sämtlichen Haushaltsgegenständen.<sup>57)</sup> Der Alleineigentümer hat folglich insoweit auch nur einen Anspruch auf Herausgabe der Sache an beide Ehegatten gemeinschaftlich, §§ 985, 986 I Satz 2 analog.<sup>58)</sup>

---

56) § 432 ist im Gesellschaftsrecht grundsätzlich ausgeschlossen. Der Frage, inwieweit hier Ausnahmen zuzulassen sind und bzw. oder inwieweit eine analoge Anwendung des § 2039 möglich ist, kann im Rahmen dieser Untersuchung nicht nachgegangen werden, vgl. hierzu Hadding, Actio pro socio, Die Einzelklagebefugnis des Gesellschafters bei Gesamthandsansprüchen aus dem Gesellschaftsverhältnis, 1966 (33 ff.).

57) Palandt - Bassenge § 986 Anm. 2 a. Die Rechte der Ehegatten folgen "aus dem Wesen der Ehe", BGH NJW 1978, 1529 (1530).

58) Zur analogen Anwendung des § 986 I Satz 2 vgl. bereits die Ausführungen zum Miteigentum im 1. Kapitel.

## II. Teil

Das Besitzrecht des Besitzers, der dem Eigentümer den Besitz vermittelt

---

### 3. Kapitel

#### Das dingliche Besitzrecht an der Sache des Eigentümers

Der Eigentümer verliert das dingliche Recht zum Besitz, wenn er sein Eigentum überträgt. Dies bedarf keiner weiteren Erörterung.

Der Eigentümer verliert das dingliche Recht zum Besitz dagegen jedenfalls nicht in vollem Umfang, wenn er sein Eigentum belastet. In einigen Fällen hat allerdings unbestritten der Inhaber des beschränkten dinglichen Rechts ebenfalls das dingliche Recht zum Besitz.<sup>59)</sup> Der Inhaber des beschränkten Sachenrechts hat dann das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz, während dem Eigentümer nur das dingliche Recht zum erststufigen mittelbaren, gerade "durch den Besitzberechtigten vermittelten Besitz" verbleibt.<sup>60)</sup>

Diese Verteilung der dinglichen Rechte zum Besitz erklärt sich aus dem Wesen der beschränkten Sachenrechte. Beschränkte Sachenrechte sind nach der Allgemeinheit gewordenen Erkenntnis von Gierke "verselbständigte Eigentumssplitter".<sup>61)</sup> Die Belastung des Eigentums ist mithin nichts anderes als die Verfügung über einen Teilinhalt des Eigentums.<sup>62)</sup> In den hier

---

59) Nießbrauch § 1036 I, Fastpfandrecht, Erbbaurecht, dingliches Wohnungsrecht § 1093 I, Dauerwohn- bzw. Dauernutzungsrecht § 31 WEG; vgl. Wolff, Das Recht zum Besitze, Festgabe Koch, 1903, 150 ff. (152).

60) Scherk a.a.O. (vgl. FN 11) (317).

61) v. Gierke Deutsches Privatrecht II Sachenrecht § 120 IV 7.

62) Allgemeine Ansicht, vgl. z. B. Baur Sachenrecht § 3 II.

interessierenden Fällen verfügt der Eigentümer inzidenter über das im Eigentum enthaltene dingliche Recht zum Besitz: Er überträgt das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz und behält folgerichtig nur das dingliche Recht zum erststufigen mittelbaren Besitz.<sup>63)</sup>

Die Folgerichtigkeit der hier nachvollzogenen Auffassung zeigt sich insbesondere an Hand des § 986.

Beispiel: E bestellt dem N einen Nießbrauch an seinem Grundstück. E hat gegen N nach den §§ 985, 986 I Satz 1 keinen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks.

Solange der Nießbrauch besteht, hat E nicht das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz, sondern nur das dingliche Recht zum erststufigen mittelbaren Besitz. Die Besitzlage entspricht der Rechtslage: E kann nicht vindizieren. Sobald der Nießbrauch erloschen ist, hat E wieder das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz.<sup>64)</sup> Die Besitzlage entspricht nicht mehr der Rechtslage: E kann vindizieren.<sup>65)</sup>

Beispiel: E bestellt dem N einen Nießbrauch an seinem Grundstück. X setzt sich unbefugt in den Besitz des Grundstücks. E hat gegen X nach den §§ 985, 986 I Satz 2 nur einen Anspruch auf Herausgabe des Grundstücks an N.

Solange der Nießbrauch besteht, hat E nicht das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz, sondern nur das dingliche Recht zum erststufigen mittelbaren Besitz: E kann von X nur

63) Scherk a.a.O. (316 f.).

64) Im Eigentum verbleibt neben dem dinglichen Recht zum mittelbaren Besitz die Anwartschaft auf Rückerberwerb des dinglichen Rechts zum unmittelbaren Besitz, Scherk a.a.O. (316).

65) H. M., vgl. z. B. Westermann Sachenrecht § 30 I 4. A. A. Wolff - Raiser Sachenrecht § 84 IV 1 a.

Herausgabe des Grundstücks an N verlangen. Es kann dabei keinen Unterschied machen, ob X sich vor oder nach Übergabe des Grundstücks an N in den Besitz gesetzt hat.<sup>66)</sup> In jedem Fall hat nach § 873 I bereits mit der dinglichen Einigung und der Eintragung im Grundbuch E das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz verloren und N das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz erworben.<sup>67)</sup> Es kann weiter entgegen dem zu engen Wortlaut des § 986 I Satz 2 keinen Unterschied machen, ob N dem X den Besitz unbefugt überlassen hat oder ob X sich selbst unbefugt in den Besitz gesetzt hat.<sup>68)</sup> In beiden Fällen verletzt der unmittelbare Besitz des X das dingliche Recht des E zum erststufigen mittelbaren Besitz.<sup>69)</sup> Sobald der Nießbrauch erloschen ist, hat E wieder das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz: E kann von X Herausgabe des Grundstücks an sich selbst verlangen.

Das Eigentum als umfassendes dingliches Recht wird, wie dargestellt, durch ein beschränktes dingliches Recht eingeschränkt.<sup>70)</sup> Die Freiheit des Eigentums von einem fremden dinglichen Recht zum unmittelbaren Besitz oder m. a. W. des Eigentümers eigenes dingliches Recht zum unmittelbaren Besitz erscheint danach als Bestandteil der Anspruchsvoraussetzungen des § 985. Das Bestehen eines dinglichen Besitzrechts an der Sache des Eigentümers ist folglich ein rechtshindernder Einwendungstatbestand.<sup>71)</sup>

---

66) Scherk a.a.O. (321). A. A. Wolff a.a.O. (vgl. FN 59) (168).

67) Scherk a.a.O. (321).

68) Wolff a.a.O. (168); Scherk a.a.O. (320 f.).

69) Scherk a.a.O. (318).

70) Vgl. Soerge! - Mühl § 986 Rdz. 1.

71) Im Gegensatz zu den Einwendungen gegen schuldrechtliche Ansprüche sind die Einwendungen gegen sachenrechtliche Ansprüche offensichtlich dilatorisch.

#### 4. Kapitel

### Das Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers

#### 1) Die Fallgruppen

Der Eigentümer verliert nicht das dingliche Recht, wohl aber das absolute Recht zum Besitz, wenn er das Verwaltungsrecht an seinem Vermögen verliert.<sup>72)</sup> Dies ist zunächst durch eine Darlegung der einschlägigen Fallgruppen im einzelnen nachzuweisen. Anschließend wird eine eingehende Analyse der Dogmatik des auf dem Verwaltungsrecht beruhenden Besitzrechts erfolgen.

Die erste Fallgruppe umfaßt das Gesamtvermögen.

Die Eltern haben das Verwaltungsrecht am Gesamtvermögen des minderjährigen Kindes, §§ 1626 ff. Nachgebildete bzw. ergänzende Institute sind die Vormundschaft, §§ 1773 ff. und die Pflegschaft, §§ 1909 ff. Desgleichen hat der Konkursverwalter das Verwaltungsrecht an grundsätzlich dem gesamten Vermögen des Gemeinschuldners, § 6 KO.

Die Eltern haben auf Grund ihres Verwaltungsrechts am Kindesvermögen das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz an den zum Kindesvermögen gehörenden Sachen.<sup>73)</sup> Die elterliche Gewalt bzw. elterliche Sorge ist ein Besitzmittlungsverhältnis

---

72) Vgl. FN 34.

73) Beitzke Familienrecht § 28 I 2.

nach § 868.<sup>74)</sup> Im Bereich des formellen Rechts mangelt es dem minderjährigen Kind nicht am Prozeßführungsrecht, sondern an der Prozeßfähigkeit: Die Eltern prozessieren nicht als gesetzliche Prozeßstandschafter, sondern als gesetzliche Vertreter, § 1626 II a. E.

Erwirbt ein Dritter das Eigentum an einer zum Kindesvermögen gehörenden Sache, "so wird die Sache durch die Veräußerung dem Vermögen und damit dem Verwaltungsrecht entzogen und das im Verwaltungsrecht enthaltene Recht zum Besitz der Sache zum Untergang gebracht".<sup>75)</sup>

Die Verwaltungsrechte des Vormunds und des Pflegers weisen gegenüber dem Verwaltungsrecht der Eltern keine in dem hier interessierenden Zusammenhang relevanten Unterschiede auf. Insbesondere haben auch Vormund und Pfleger auf Grund ihrer Verwaltungsrechte das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz an den ihrem Verwaltungsrecht unterliegenden Sachen.<sup>76)</sup> Auch Vormundschaft und Pflegerschaft sind Besitzmittlungsverhältnisse nach § 868.<sup>77)</sup> Schließlich sind auch Vormund und Pfleger gesetzliche Vertreter des Mündels bzw. Pflegebefohlenen.<sup>78)</sup>

Der Konkursverwalter hat auf Grund seines Verwaltungsrechts an der Masse das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz an den zur Masse gehörenden Sachen, § 117 I KO. Die Konkursverwaltung ist ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868.<sup>79)</sup> Umstritten ist bekanntlich, ob der Konkursverwalter gesetzlicher

74) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 868 Anm. 2 c bb.

75) Scherk a.a.O. (339).

76) Münchener Kommentar - Zagst § 1793 Rdz. 6 bzw. Münchener Kommentar - Goerke § 1915 Rdz. 3.

77) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 868 Anm. 2 c bb.

78) Vgl. § 1793 bzw. § 1915.

79) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 868 Anm. 2 c bb.

Vertreter des Gemeinschuldners beschränkt auf die Masse ist oder ob er ein Organ ist, das sein Amt in eigenem Namen ausübt.<sup>80)</sup> Im ersteren Fall fehlt dem Gemeinschuldner die Prozeßfähigkeit beschränkt auf die Masse, im letzteren Fall fehlt ihm das Prozeßführungsrecht beschränkt auf die Masse. In dem hier interessierenden Zusammenhang mag der Meinungsstreit auf sich beruhen.

Erwirbt ein Dritter das Eigentum an einer zur Masse gehörenden Sache, so erlischt das Verwaltungsrecht des Konkursverwalters.

Die zweite Fallgruppe umfaßt die Sondervermögen der gesetzlichen Gesamthandsgemeinschaften.

Der Testamentsvollstrecker hat das Verwaltungsrecht am Nachlaß, §§ 2205 ff. Bei der nur von einem Ehegatten verwalteten ehelichen Gütergemeinschaft hat voraussetzungsgemäß nur dieser Ehegatte das Verwaltungsrecht am Gesamtgut.

Der Testamentsvollstrecker hat auf Grund seines Verwaltungsrechts am Nachlaß das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz an den zum Nachlaß gehörenden Sachen, § 2205 Satz 2. Die Testamentsvollstreckung ist ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868.<sup>81)</sup> Wie beim Konkursverwalter ist auch beim Testamentsvollstrecker umstritten, ob er gesetzlicher Vertreter der Miterben beschränkt auf den Nachlaß ist oder ob er ein Organ ist, das sein Amt in eigenem Namen ausübt.<sup>82)</sup>

Erwirbt ein Dritter das Eigentum an einer zum Nachlaß gehörenden Sache, so erlischt das Verwaltungsrecht des Testamentsvollstreckers.

---

80) Mentzel - Kuhn - Uhlenbruck § 6 Rdz. 17.

81) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 868 Anm. 2 c bb.

82) Staudinger - Dittmann Vorbem. 12 ff. vor § 2197; Soergel - Müller § 2197 Rdz. 1 ff.

Der allein zur Verwaltung berechnigte Ehegatte hat auf Grund seines Verwaltungsrechts am Gesamtgut das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz, und zwar zum unmittelbaren Alleinbesitz, an den zum Gesamtgut gehörenden Sachen, § 1422 Satz 1. Die Verwaltung durch einen Ehegatten ist ein Besitzmittlungsverhältnis nach § 868.<sup>83)</sup> Im Bereich des formellen Rechts fehlt dem nicht zur Verwaltung berechtigten Ehegatten das Prozeßführungsrecht beschränkt auf das Gesamtgut: Der zur Verwaltung berechnigte Ehegatte prozessiert als Prozeßstandschafter beschränkt auf das Gesamtgut, § 1422 Satz 1 a. E.<sup>84)</sup>

Bei der fortgesetzten Gütergemeinschaft hat der überlebende Ehegatte das Verwaltungsrecht am Gesamtgut, § 1487 I 2. HS. Nach § 1487 I 1. HS findet insbesondere § 1422 Satz 1 entsprechende Anwendung.

Erwirbt ein Dritter das Eigentum an einer zum Gesamtgut gehörenden Sache, so erlischt das Verwaltungsrecht des Ehegatten.

- 2) Die Dogmatik des auf dem Verwaltungsrecht beruhenden Besitzrechts: Rechtliches "Haben", rechtliches "Können", rechtliches "Dürfen"

Der Tatbestand, daß der Eigentümer zwar das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz, aber dennoch, wie z. B. im Falle seiner Minderjährigkeit, nicht das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz hat, soll nunmehr einer abschließenden dogmatischen Analyse zugeführt werden. Zunächst kann festge-

---

83) Dölle Familienrecht I § 70 I; Gernhuber Familienrecht § 38 VI 2.

84) Der Anspruch des zur Verwaltung berechtigten Ehegatten kann sich auch gegen den nicht zur Verwaltung berechtigten Ehegatten richten, Staudinger - Felgentraeger § 1422 Rdz. 11.

stellt werden, daß die Begriffe "dingliches Recht" und "absolutes Recht" nicht synonym sind, auch nicht im Verhältnis von Unterbegriff und Oberbegriff zueinander stehen, sondern verschiedenen dogmatischen Ebenen zuzuordnen sind. Die Zuordnung der dinglichen Rechte und der dinglichen Ansprüche soll nunmehr, um eine umgangssprachliche Veranschaulichung zu erreichen, als rechtliches "Haben" bezeichnet werden. Der Eigentümer "hat" dann das dingliche Recht, die Sache zu übereignen.<sup>85)</sup> Er "hat" das dingliche Recht, die Sache zu besitzen.<sup>86)</sup> Er "hat" schließlich den dinglichen Anspruch nach § 985.<sup>87)</sup>

Das rechtliche "Haben" gewährt nun, und zwar grundsätzlich dem Eigentümer, einerseits ein rechtliches "Können" und andererseits ein rechtliches "Dürfen".<sup>88)</sup> Der Eigentümer "kann" die Sache übereignen, d. h. aus dem Eigentum fließt die Macht, einen derartigen Rechtserfolg herbeizuführen.<sup>89)</sup> Der Eigentümer "darf" die Sache übereignen, d. h. aus dem Eigentum fließt die Befugnis, einen derartigen Rechtserfolg herbeizuführen.<sup>90)</sup> Der Eigentümer "darf" die Sache jedermann gegenüber unmittelbar besitzen, d. h. aus dem Eigentum fließt das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz. Der Eigentümer

---

85) Vgl. FN 2.

86) Vgl. FN 3.

87) Vgl. FN 4.

88) Dieses Begriffspaar ist aus dem Vertretungs- und Geschäftsführungsrecht geläufig, vgl. Larenz Allgemeiner Teil § 31 I a. Während aber dort scharf zwischen dem Außen- und dem Innenverhältnis zu unterscheiden ist, beruht das Recht des Eigentümers einheitlich auf seinem Eigentum.

89) Diesen Rechtserfolg "kann" aber auch ein Nichteigentümer kraft Verfügungsermächtigung oder nach den Regeln über den gutgläubigen Eigentumserwerb herbeiführen.

90) Diesen Rechtserfolg "darf" ein Nichteigentümer ohne Verfügungsermächtigung nicht herbeiführen, § 823.

"kann" schließlich Herausgabe der Sache nach § 985 verlangen, d. h. aus dem Eigentum fließt das Prozeßführungsrecht.<sup>91)</sup>

Die dargelegte Zuordnung setzt nun aber voraus, daß der Eigentümer das Verwaltungsrecht hat.<sup>92)</sup> Soweit das nicht der Fall ist, "kann" und "darf" nicht der Eigentümer, sondern an seiner Stelle der Verwaltungsberechtigte die Sache übereignen. Nicht der Eigentümer, sondern an seiner Stelle der Verwaltungsberechtigte "darf" die Sache jedermann gegenüber unmittelbar besitzen. Nicht der Eigentümer, sondern an seiner Stelle der Verwaltungsberechtigte "kann" schließlich, sei es als gesetzlicher Vertreter, sei es als Prozeßstandschafter, Herausgabe der Sache nach § 985 verlangen.

Das Eigentum wird, wie dargestellt, durch ein fremdes Verwaltungsrecht nicht eingeschränkt.<sup>93)</sup> Das Verwaltungsrecht des Eigentümers ist folglich auch kein Bestandteil der Anspruchsvoraussetzungen des § 985. Das bestehen eines fremden Verwaltungsrechts an der Sache des Eigentümers ist mithin ein rechtsvernichtender Einwendungstatbestand.<sup>94)</sup>

---

91) Vgl. Thomas - Putzo § 51 IV 1.

92) Zu den Fällen, in denen das Verwaltungsrecht des Eigentümers eingeschränkt ist, vgl. bereits das 2. Kapitel a. E.

93) Vgl. FN 34.

94) Anders als im Schuldrecht fehlt es im Sachenrecht dem Gegensatz zwischen rechtshindernder Einwendung und rechtsvernichtender Einwendung an zeitlicher Anschaulichkeit

## 5. Kapitel

### Das obligatorische Besitzrecht gegen den Eigentümer

#### 1) Der Meinungsstand

Im Zusammenhang mit den obligatorischen Besitzrechten ergeben sich dogmatische Probleme. Noch immer ist ungeklärt, wie die sachenrechtliche Relevanz schuldrechtlicher Beziehungen dogmatisch begründet werden kann. In den zu dieser Frage vertretenen Ansichten lassen sich drei verschiedene theoretische Richtungen erkennen.<sup>95)</sup>

Die erste Theorie verdankt die Dogmatik Dulckeit. Nach seiner Ansicht verwandelt sich jedes obligatorische Besitzrecht mit der Überlassung des Realbesitzes bzw. des Buchbesitzes an den Berechtigten in ein dingliches Besitzrecht.<sup>96)</sup> Diese Auffassung ist in der Literatur zu Recht auf Ablehnung gestoßen.<sup>97)</sup> Indem Dulckeit die scharfe Trennung zwischen Schuldrecht und Sachenrecht aufhebt bzw. von seinem Standpunkt aus "überwindet", verläßt er die auf dieser scharfen Trennung beruhende Systematik des Bürgerlichen Rechts.<sup>98)</sup> Die Lehre Dulckeits steht damit im Widerspruch insbesondere zum "numerus clausus" des Sachenrechts.<sup>99)</sup> Darüber hinaus führt sie ohne Notwendigkeit zu einer bedauerlichen "Verarmung des rechtsdogmatischen Denkens".<sup>100)</sup>

95) Diederichsen, Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965, 74 ff. und 84 ff.

96) Dulckeit, Die Verdinglichung obligatorischer Rechte, 1951, 63 ff.

97) Diederichsen a.a.O. (74 ff.).

98) Diederichsen a.a.O. (78 und 80).

99) Diederichsen a.a.O. (83, FN 296).

100) Diederichsen a.a.O. (77).

Die zweite Theorie stammt von Raiser und geht den umgekehrten Weg. Raiser erklärt die sachenrechtliche Relevanz schuldrechtlicher Beziehungen auf der Grundlage eines komplexen, schuldrechtliche Beziehungen integrierenden Eigentumsbegriffes.<sup>101)</sup>

"So betrachtet, bereitet es keine Schwierigkeit, anzunehmen, daß der Eigentümer, der seine Sache zur Miete oder in Verwahrung weggibt, damit nicht nur ein Schuldverhältnis begründet, sondern seine Rechtsstellung als Eigentümer verändert."<sup>102)</sup> Auch die Lehre Raisers vermischt mithin die systematisch vorgegebene Unterscheidung von Sachenrecht und Schuldrecht.<sup>103)</sup>

Die dritte Theorie schließlich ist ein Beitrag von Diederichsen. Er vertritt die Ansicht, etwa ein Mietvertrag enthalte eine "Ausübungsüberlassung", und faßt diese auf "als die Einräumung eines relativen Herrschaftsrechts, also konstitutive Rechtsübertragung im Innenverhältnis".<sup>104)</sup> Diese Meinung begegnet aus mehreren Gründen Bedenken. Zum einen ist die Annahme einer Rechtsübertragung nur unter Preisgabe der systematischen Trennung von Schuldrecht und Sachenrecht möglich. Zum anderen ist die "Ausübungsüberlassung" beim Mietvertrag überhaupt kein Rechtsakt, sondern ein Realakt, nämlich die traditio. Der Eigentümer hat sich im Mietvertrag verpflichtet, dem Mieter die Ausübung des Besitzes zu überlassen, d. h. ihm die Sache zu übergeben, und er erfüllt diese Verpflichtung, indem er dem Mieter die Ausübung des Besitzes überläßt, d. h. ihm die Sache übergibt. Der Schuldvertrag selbst enthält somit keinerlei sachenrechtliche Elemente.

---

101) Raiser, Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz, Festschrift Wolff, 1952, 123 ff. (137 ff.).

102) Raiser a.a.O. (138).

103) Diederichsen a.a.O. (94).

104) Diederichsen a.a.O. (97).

2) Die Dogmatik des obligatorischen Besitzrechts: Rechtliches "Haben", rechtliches "Können", rechtliches "Dürfen"

Die Dogmatik des obligatorischen Besitzrechts soll nunmehr auf der Grundlage der im vorigen Kapitel gewonnenen Ergebnisse neu analysiert werden. Ausgangspunkt der Untersuchung ist abermals die Unterscheidung zwischen rechtlichem "Haben", rechtlichem "Können" und rechtlichem "Dürfen". Das rechtliche "Haben" des Eigentümers wird von einer schuldrechtlichen Bindung ebensowenig berührt wie von einem fremden Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers.<sup>105)</sup> Das rechtliche "Können" des Eigentümers wird zwar von einem Verwaltungsrecht, nicht aber von einem obligatorischen Recht tangiert: Der Eigentümer hat nach wie vor die Verfügungsmacht; der Eigentümer hat nach wie vor das Prozeßführungsrecht. Der Eigentümer, der seine Sache z. B. verkauft hat, ist aber in seinem rechtlichen "Dürfen" eingeschränkt. Im Außenverhältnis, d. h. im Verhältnis zu jedermann, "darf" der Eigentümer die Sache unverändert jedem beliebigen Dritten übereignen. Im Innenverhältnis, d. h. im Verhältnis zum Käufer, "darf" der Eigentümer die Sache aber nur diesem übereignen. Im Außenverhältnis "darf" der Eigentümer die Sache unverändert unmittelbar besitzen, d. h. der Eigentümer hat das absolute Recht zum unmittelbaren Besitz. Im Innenverhältnis "darf" aber nur der Käufer die Sache unmittelbar besitzen, d. h. der Käufer hat das relative Recht zum unmittelbaren Besitz.

Der Unterschied zwischen dem auf einem Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers beruhenden Besitzrecht und dem obligatorischen Besitzrecht besteht, beschränkt auf den hier interessierenden Zusammenhang, mithin nur darin, daß jenes absolut und dieses relativ ist. Ein fremdes Ver-

---

105) Dies ist die nahezu einhellige Meinung.

waltungsrecht am Vermögen des Eigentümers beschränkt dessen Verwaltungsrecht mit absoluter Wirkung.<sup>106)</sup> Ein obligatorisches Besitzrecht gegen den Eigentümer beschränkt dessen Verwaltungsrecht mit relativer Wirkung.<sup>107)</sup> Mit diesem Unterschied ist die sachenrechtliche Relevanz beider Besitzrechte die gleiche.<sup>108)</sup>

Das Eigentum wird, wie dargestellt, durch ein obligatorisches Besitzrecht nicht eingeschränkt.<sup>109)</sup> Die Nichtexistenz eines obligatorischen Besitzrechts ist folglich auch kein Bestandteil der Anspruchsvoraussetzungen des § 985. Die Existenz eines obligatorischen Besitzrechts gegen den Eigentümer ist mithin ein rechtsvernichtender Einwendungstatbestand.<sup>110)</sup>

Den beiden rechtsvernichtenden Tatbeständen (fremdes Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers und obligatorisches Besitzrecht gegen den Eigentümer) ist gemeinsam, daß ihre Entstehung ihrerseits die Entstehung des Vindikationsanspruchs, d. h. die Besitzerlangung durch einen Dritten, voraussetzt. Sie unterscheiden sich aber darin, daß der absolut rechtsvernichtende Tatbestand des fremden Verwaltungsrechts am Vermögen des Eigentümers mit der Besitzerlangung durch jeden beliebigen Dritten gegeben ist, während der relativ rechtsvernichtende Tatbestand des obligatorischen Besitzrechts gegen den Eigentümer nur gegeben ist,

106) Vgl. die Ausführungen des vorigen Kapitels.

107) Vgl. § 745 I sowie den Text zu FN 44 und FN 45.

108) Vgl. das "Klavierbeispiel" bei Diederichsen a.a.O. (88): Verspricht der Eigentümer eines Klaviers seinem Nachbarn, während der Mittagsstunde nicht zu musizieren, so ist dieses Versprechen insofern sachenrechtlich relevant, als der obligatorisch gebundene Eigentümer, wenn auch nur im Verhältnis zum Nachbarn, mit der Sache nicht mehr nach Belieben verfahren "darf".

109) Vgl. FN 105.

110) Vgl. FN 94.

wenn sich der Vindikationsanspruch gerade gegen den obligatorisch Berechtigten richtet.

Beispiel: E hat seinen Traktor an M vermietet, aber noch nicht übergeben. Der Dieb D entwendet den Traktor. E hat gegen D nach § 985 einen Anspruch auf Einräumung des unmittelbaren Besitzes, d. h. einen Anspruch auf Herausgabe des Traktors an sich.

Dieser der systematischen Trennung von Schuldrecht und Sachenrecht entsprechende Grundsatz erfährt nach den §§ 986 I Satz 2, 986 II in zwei Fällen eine Ausnahme. Diese Tatbestände sind nunmehr näher zu untersuchen.

### 3) Der Zusammenhang zwischen § 986 I Satz 2 und § 417 I Satz 1

Nach § 986 I Satz 2 bleibt der Vindikationsanspruch des Eigentümers einwendungsbehaftet, wenn der obligatorisch Berechtigte den Besitz verliert.

Beispiel: E hat seinen Traktor an M vermietet und übergeben. Der Dieb D entwendet den Traktor. E hat gegen D nach den §§ 985, 986 I Satz 2 einen Anspruch auf Einräumung nur des erststufigen mittelbaren Besitzes, d. h. einen Anspruch auf Herausgabe des Traktors nur an M.

Die dogmatische Erklärung dieser Ausnahme bereitet erhebliche Schwierigkeiten. Einigkeit besteht zum einen darin, daß es entgegen dem zu engen Wortlaut des § 986 I Satz 2 unerheblich ist, ob der obligatorisch Berechtigte seinen unmittelbaren Besitz freiwillig oder unfreiwillig an einen Dritten verloren hat.<sup>111)</sup> Weitgehende Einigkeit besteht zum anderen auch darin,

---

111) Köbl, Das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis im Anspruchssystem des BGB, 1971, 319 m. w. N.

daß es unerheblich ist, in welcher Weise der obligatorisch Berechtigte seinen unmittelbaren Besitz vormals erlangt hat.<sup>112)</sup> Umstritten ist dagegen, wie der Zusammenhang zwischen der Besitzerlangung durch den Berechtigten auf der einen Seite und der Verstärkung der Rechtsposition des Berechtigten bzw. der Schwächung der Rechtsposition des Eigentümers auf der anderen Seite dogmatisch begründet werden kann.<sup>113)</sup>

Keine Probleme ergeben sich insoweit nach der bereits abgelehnten Theorie Dulckeits.<sup>114)</sup> Nach der nicht näher begründeten Ansicht Raisers stellt die Besitzerlangung durch den Berechtigten eine Verfügung des Eigentümers dar.<sup>115)</sup> Gegen diese Auffassung ist bereits einzuwenden, daß die bloße Besitzerlangung kein Rechtsakt, sondern nur ein Realakt ist.<sup>116)</sup> Nach der Ansicht Diederichsens ist die Besitzerlangung durch den Berechtigten Rechtsbedingung der von ihm angenommenen relativen Rechtsübertragung.<sup>117)</sup> Diese Auffassung setzt mithin die bereits zurückgewiesene Möglichkeit einer Rechtsübertragung voraus.<sup>118)</sup> Die Veränderung der Rechtslage steht folglich nicht unter der rechtlichen, sondern nur unter der realen Bedingung der Besitzerlangung durch den Berechtigten. Die Besitzerlangung durch den Berechtigten ist m. a. W. in Übereinstimmung mit dem Gesetzeswortlaut nichts anderes als die tatsächliche Voraussetzung für die Veränderung der Rechtslage.

112) Diederichsen a.a.O. (108) m. w. N. A. A. Scherk a.a.O. (vgl. FN 11) (334 ff.).

113) Diese Fragestellung wiederholt sich bei § 986 II.

114) Dulckeit a.a.O. (19 ff.).

115) Raiser a.a.O. (138).

116) Zustimmend insoweit auch Diederichsen a.a.O. (112).

117) Diederichsen a.a.O. (112).

118) Vgl. die vorigen Ausführungen.

Der Zusammenhang zwischen der Besitzererlangung durch den Berechtigten einerseits und der Veränderung der Rechtslage nach § 986 I Satz 2 andererseits soll nunmehr von einem neuen Ausgangspunkt aus untersucht werden. Dabei mag ein Mietverhältnis als Beispiel dienen.

Grundlage der Untersuchung ist die Erkenntnis, daß der Komplex rechtlicher Beziehungen zwischen Eigentümer und Mieter zwei verschiedenen dogmatischen Ebenen, der schuldrechtlichen und der sachenrechtlichen Ebene, zuzuordnen ist. Vor der Besitzererlangung durch den Mieter besteht zwischen ihm und dem Eigentümer nur eine schuldrechtliche Beziehung, der Mietvertrag. Diese schuldrechtliche Beziehung besteht nach der Besitzererlangung fort, bis der Mietvertrag erloschen und abgewickelt ist. Mit der Besitzererlangung durch den Mieter entsteht zwischen ihm und dem Eigentümer zusätzlich eine sachenrechtliche Beziehung, ein Eigentümer - Besitzer - Verhältnis.<sup>119)</sup> Diese sachenrechtliche Beziehung besteht nach der Besitzererlangung fort, bis der Eigentümer das Eigentum oder der Mieter den Besitz verloren hat.

Ist der Mieter im unmittelbaren Besitz der Sache, so liegt zwar der Tatbestand des § 985 vor, aber der Eigentümer kann dennoch nicht Herausgabe der Sache verlangen. Der Anspruch des Eigentümers nach § 985 scheitert an der Einwendung nach § 986 I Satz 1 1. Alt. Mit der Besitzererlangung durch den Mieter sind also der Vindikationsanspruch des Eigentümers und zugleich die Einwendung gegen diesen Anspruch entstanden.

---

119) Der Ausdruck "Eigentümer - Besitzer - Verhältnis" ist weiter als der Ausdruck "Vindikationsverhältnis", wenngleich die Terminologie hier noch keineswegs einheitlich ist. Ein "Vindikationsverhältnis" liegt vor, wenn der Eigentümer von dem Besitzer Herausgabe verlangen kann. Ein "Eigentümer - Besitzer - Verhältnis" liegt dagegen bereits vor, wenn der bloße Tatbestand des § 985 gegeben ist, d. h. wenn nicht der Eigentümer, sondern ein Dritter unmittelbarer Besitzer ist.

Verliert der Mieter den unmittelbaren Besitz freiwillig oder unfreiwillig an einen Dritten, so ist der Vindikationsanspruch gegen den Dritten derselben Einwendung ausgesetzt, der er vor dem Besitzwechsel gegen den Mieter ausgesetzt war, § 986 I Satz 2.

Beispiel: E hat seinen Traktor an M vermietet und übergeben. Der Dieb D entwendet den Traktor. E hatte vor dem Diebstahl einen Vindikationsanspruch gegen M, der einwendungsbehaftet war, und hat nach dem Diebstahl einen Vindikationsanspruch gegen D, der einwendungsbehaftet ist. E kann von D somit nicht Herausgabe an sich, sondern nur Herausgabe an M verlangen, § 986 I Satz 2.

§ 986 I Satz 2 erscheint somit als eine sachenrechtliche Nachbildung des schuldrechtlichen § 417 I Satz 1. § 417 I Satz 1 regelt die Nachfolge in eine obligatorische Verpflichtung; § 986 I Satz 2 regelt die Nachfolge in eine dingliche Verpflichtung.<sup>120)</sup> § 417 I Satz 1 schützt das Interesse des neuen Schuldners; § 986 I Satz 2 schützt das Interesse des alten Schuldners. Der schuldrechtliche § 417 I Satz 1 und der sachenrechtliche § 986 I Satz 2 sind folglich trotz ihrer unterschiedlichen Interessenlage Ausformungen einer insoweit übergreifenden vermögensrechtlichen Dogmatik: Ein einwendungsbehafteter Anspruch bleibt trotz Schuldnerwechsel ein einwendungsbehafteter Anspruch.<sup>121)</sup>

120) Der dinglichen Natur des Vindikationsanspruchs entspricht die dingliche Natur der Vindikationsverpflichtung.

121) Die Einwendung erlischt, wenn die obligatorische Berechtigung des Mieters endet oder wenn der Eigentümer wieder in den unmittelbaren Besitz der Sache gelangt.

#### 4) Der Zusammenhang zwischen § 986 II und § 404

Es stellt sich die Frage, ob nicht auch § 986 II als sachenrechtliche Nachbildung, und zwar des schuldrechtlichen § 404 aufzufassen ist. Der Vindikationsanspruch ist allerdings unlösbar mit dem Eigentum verbunden und daher nicht abtretbar.<sup>122)</sup> Daraus folgt aber umgekehrt, daß die Übereignung nach § 931 den Übergang des Vindikationsanspruchs impliziert.<sup>123)</sup> Der Vindikationsanspruch des neuen Eigentümers ist also identisch mit dem Vindikationsanspruch des alten Eigentümers.

Veräußert der Eigentümer seine Sache nach § 931, so ist der Vindikationsanspruch des neuen Eigentümers derselben Einwendung ausgesetzt, der der Vindikationsanspruch des alten Eigentümers ausgesetzt war, § 986 II.

Beispiel: E hat seinen Traktor an M vermietet und übergeben. Nunmehr veräußert er den Traktor durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs an X. Vor der Veräußerung hatte E einen Vindikationsanspruch gegen M, der einwendungsbehaftet war, nach der Veräußerung hat X einen Vindikationsanspruch gegen M, der einwendungsbehaftet ist. X kann von M somit nicht Herausgabe an sich verlangen, § 986 II.

Der Veräußerung nach § 931 steht die Veräußerung nach § 930 gleich, wenn sich der veräußernde Eigentümer nicht im unmittelbaren Besitz befindet und folglich einen Vindikationsanspruch hat.<sup>124)</sup> Auch in diesem Fall impliziert die Übereig-

---

122) Vgl. z. B. Baur Sachenrecht § 11 C I 3 a.

123) Bei der Übereignung nach § 931 wird nur der persönliche Anspruch, nicht zugleich auch der Vindikationsanspruch abgetreten, BGH NJW 1959, 1536 (1538). Anders entschied noch RGZ 52, 385 (394).

124) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 986 Anm. 5 a.

nung den Übergang des Vindikationsanspruchs. 125)

Beispiel: E hat seinen Traktor an M vermietet und übergeben. Nunmehr veräußert er den Traktor an X mit der Vereinbarung eines Leihverhältnisses. Nach Ablauf des Leihverhältnisses und noch vor Ablauf des Mietvertrages verlangt X von M Herausgabe des Traktors an sich. M hat gegen den Vindikationsanspruch des X dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des E hatte. X kann von M somit nicht Herausgabe an sich verlangen, § 986 II.

§ 986 II ist also in der Tat eine sachenrechtliche Nachbildung des schuldrechtlichen § 404. § 404 regelt die Nachfolge in einen obligatorischen Anspruch, § 986 II regelt die Nachfolge in einen dinglichen Anspruch. Die Interessenlage ist in § 404 und in § 986 II dieselbe. Der schuldrechtliche § 404 und der sachenrechtliche § 986 II sind folglich ebenfalls Ausformungen einer auch insoweit übergreifenden vermögensrechtlichen Dogmatik: Ein einwendungsbehafteter Anspruch bleibt trotz Gläubigerwechsel ein einwendungsbehafteter Anspruch. 126)

5) Der Zusammenhang zwischen den §§ 417 I Satz 1, 404 einerseits und den §§ 986 I Satz 2, 986 II andererseits

Die Wechselbeziehung zwischen den §§ 417 I Satz 1, 404 einerseits und den §§ 986 I Satz 2, 986 II andererseits ist offen-

---

125) Auch die Übereignung eines Grundstücks impliziert den Übergang des Vindikationsanspruchs, wenn sich der Eigentümer bei der Veräußerung nicht im unmittelbaren Besitz des Grundstücks befindet, vgl. die Ausführungen am Ende dieses Kapitels.

126) Die Einwendung erlischt, wenn die obligatorische Berechtigung des Mieters endet oder wenn der neue Eigentümer in den unmittelbaren Besitz der Sache gelangt.

sichtlich.<sup>127)</sup> Da § 417 I Satz 1 und § 404 tatbestandlich zusammentreffen können, liegt die Vermutung nahe, daß auch § 986 I Satz 2 und § 986 II tatbestandlich zusammentreffen können.

Beispiel: E hat seinen Traktor an M vermietet und übergeben. Nunmehr veräußert er den Traktor durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs an X. Der Dieb D entwendet den Traktor. X verlangt von D Herausgabe des Traktors an sich.

Wendet man auf diesen Fall § 986 II isoliert an, muß man den Anspruch bejahen.<sup>128)</sup> Entgegen § 986 I Satz 2 würde M also durch den Diebstahl benachteiligt werden. Eine solche Rechtsanwendung widerspricht den Gesetzen der juristischen Methodik, nach denen ein Sachverhalt unter allen in Frage kommenden Normen zu untersuchen ist. Danach ist der Beispielsfall wie folgt zu lösen: Der Vindikationsanspruch des X ist derselben Einwendung ausgesetzt, der er vor dem Diebstahl ausgesetzt war, § 986 I Satz 2. Vor dem Diebstahl war der Vindikationsanspruch des X wiederum derselben Einwendung ausgesetzt, der der Vindikationsanspruch des E vor der Veräußerung ausgesetzt war, § 986 II. Der Vindikationsanspruch des X gegen D ist mithin der Einwendung des obligatorischen Besitzrechts des M gegen E ausgesetzt. X kann von D also nicht Herausgabe des Traktors an sich, sondern nur an M verlangen.

127) Die völlig mißglückte Diktion des § 986 ist allerdings eher geeignet, diesen Tatbestand zu verschleiern. De lege ferenda wäre dringend zu empfehlen, § 986 II aus seiner exponierten Stellung zu entfernen. M. E. sollten die einzelnen Tatbestände des § 986 auch auf einzelne Absätze verteilt werden.

128) Die Literatur nimmt zu diesem Fall keine Stellung und geht offenbar als selbstverständlich davon aus, daß der Anspruch zu bejahen sei.

## 6) Die Inkongruenz von Mobiliarsachenrecht und Immobiliarsachenrecht

Während sich die §§ 986 I Satz 2, 986 II im Bereich des Mobiliarsachenrechts ergänzen, ist dies im Bereich des Immobiliarsachenrechts nicht der Fall: § 986 II schützt nur den Fahrnisbesitzer.<sup>129)</sup> Dies ist eine bedauerliche Inkongruenz. Die Regelung des § 571 I kann die Lücke nur beschränkt füllen.<sup>130)</sup> Der Gesetzgeber dachte offensichtlich an die Publizitätsfunktion des Besitzes und stellte nicht in Rechnung, daß § 986 II den Schutz nicht des dinglich Berechtigten, dessen rechtliches Schicksal sich nach den §§ 936, 892 richtet, sondern den Schutz des obligatorisch Berechtigten bezweckt.<sup>131)</sup> Daß sich de lege ferenda eine Überprüfung des § 986 II unter diesem Gesichtspunkt anbieten könnte, mag hier nur angedeutet werden.

---

129) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 986 Anm. 5 a.

130) Auf ein Leihverhältnis wird § 571 I nicht entsprechend angewandt, BGH NJW 1964, 765 (766).

131) Die Publizitätswirkung betont auch z. B. Baur Sachenrecht § 11 C I 1. Im Immobiliarsachenrecht wird die dingliche Rechtslage nicht durch den Realbesitz, sondern durch den Buchbesitz publiziert. Ob man auch von einer Publizität der obligatorischen Rechtslage sprechen kann, mag dahinstehen. Wenn man diese Frage bejaht, muß man m. E. andererseits anerkennen, daß die obligatorische Rechtslage nur einheitlich für Mobiliarsachenrecht und Immobiliarsachenrecht durch den Realbesitz publiziert werden kann. Die gesetzgeberische Entscheidung erscheint als durchaus angreifbar.

## 6. Kapitel

Das Zurückbehaltungsrecht gegen den Herausgabeanspruch des Eigentümers

### 1) Das Zurückbehaltungsrecht als vollstreckungsrechtliches Besitzrecht

Das letzte im vorliegenden Zusammenhang zu behandelnde Institut ist das Zurückbehaltungsrecht, §§ 273, 1000. Nach h. M. ist auch das Zurückbehaltungsrecht ein Besitzrecht.<sup>132)</sup> Der Eigentümer "darf" seine Sache allerdings nach wie vor, auch im Verhältnis zum Zurückbehaltungsberechtigten, unmittelbar besitzen. Das Zurückbehaltungsrecht schränkt folglich nicht den materiellrechtlichen Anspruch, sondern nur seine vollstreckungsrechtliche Durchsetzbarkeit ein.<sup>133)</sup> Man könnte das Zurückbehaltungsrecht im Gegensatz zu den materiellrechtlichen Besitzrechten als vollstreckungsrechtliches Besitzrecht bezeichnen. Im Gegensatz zu den materiellrechtlichen Besitzrechten stellt das vollstreckungsrechtliche Besitzrecht keine Einwendung, sondern nur eine Einrede dar.<sup>134)</sup>

---

132) BGH WM 1966, 1086 (1088); BGHZ 64, 122 (124); Staudinger - Berg § 986 Rdz. 3.

133) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 986 Anm. 2 d.

134) Dementsprechend ist beim Zurückbehaltungsrecht auch die Anwendung der §§ 987 ff. nicht ausgeschlossen.

## 2) Die Anwendbarkeit des § 986 II

Wenn man mit der h. M. und m. E. zu Recht annimmt, daß auch das Zurückbehaltungsrecht unter § 986 fällt, so muß man weiter davon ausgehen, daß es jedem der einzelnen Tatbestände des § 986 unterfallen kann.

Beispiel: E verlangt von B Herausgabe eines Gemäldes, das dieser im Namen des E erworben hat. B macht sein Zurückbehaltungsrecht aus § 670 geltend. Nunmehr veräußert E das Gemälde durch Abtretung seines Herausgabeanspruchs an X. B hat gegen den Vindikationsanspruch des X dieselbe Einrede, die er gegen den Vindikationsanspruch des E hatte, § 986 II.

Auch unter § 404 fallen nicht nur Einwendungen, sondern auch Einreden.<sup>135)</sup> Es spricht mithin auch insoweit nichts gegen die Annahme, daß auch unter § 986 II nicht nur die Einwendung des Besitzrechts, sondern auch die Einrede des Besitzrechts fällt.<sup>136)</sup>

## 3) Die Anwendbarkeit des § 986 I Satz 2

Auch unter § 417 I Satz 1 fallen nicht nur Einwendungen, sondern auch Einreden.<sup>137)</sup> Auch von daher liegt also die Annahme

135) Vgl. z. B. Palandt - Heinrichs § 404 Anm. 2 a.

136) BGHZ 64, 122 (125 f.). Dies gilt nicht nur bei einer Übereignung nach § 931, sondern ebenso bei einer Über-eignung nach § 930.

137) Vgl. z. B. Palandt - Heinrichs § 417 Anm. 1 b.

nahe, daß das Zurückbehaltungsrecht auch unter § 986 I Satz 2 fallen kann.<sup>138)</sup>

Beispiel: E verlangt von B Herausgabe eines Gemäldes, das dieser im Namen des E erworben hat. Der Dieb D entwendet das Gemälde. E verlangt nunmehr von D Herausgabe des Gemäldes. B hat gegen den Vindikationsanspruch des E gegen D dieselbe Einrede, die er gegen den Vindikationsanspruch des E gegen sich hatte, § 986 I Satz 2. Er kann mithin gegenüber dem gegen einen Dritten gerichteten Vindikationsanspruch sein Zurückbehaltungsrecht aus § 670 geltend machen. E kann dann von D nicht Herausgabe an sich, sondern nur Herausgabe an B verlangen.

Verklagt der Eigentümer den Dritten auf Herausgabe der Sache an sich, so ist die Klage dann abweisungsreif, wenn entweder der Eigentümer selbst vorträgt, daß der Zwischenbesitzer sich auf sein Zurückbehaltungsrecht berufen hat, oder wenn der Zwischenbesitzer dem Rechtsstreit als Nebenintervenient beitrifft, § 66 ZPO, und im Prozeß die Einrede des Zurückbehaltungsrechts erhebt. Im übrigen kann der Zwischenbesitzer aus seinem eigenen obligatorischen oder possessorischen Recht gegen den Dritten vorgehen. Ist zu besorgen, daß der Eigentümer den Dritten auf Herausgabe der Sache an sich drängt oder daß der Dritte die Sache aus eigenem Entschluß an den Eigentümer herauszugeben gewillt ist, so kann der Zwischenbesitzer den Erlaß einer einstweiligen Verfügung beantragen, § 935 ZPO.

---

138) Dies ist m. E. die logische Konsequenz aus BGHZ 64, 122 (124 ff.). Im übrigen können auch hier die §§ 986 I Satz 2 und 986 II tatbestandlich zusammentreffen.

#### 4) Die vermeintliche Inkongruenz von Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht

Schwierigkeiten bei der Ermittlung des Zurückbehaltungsrechts können sich aus dem Verhältnis von Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht ergeben. Die anspruchsausschließenden Tatbestände der §§ 814, 815, 817 Satz 2 und der anspruchseinschränkende Tatbestand des § 818 III des Kondiktionsrechts haben kein entsprechendes Gegenstück im Vindikationsrecht. Der an dieser Stelle zu erörternde Problemkreis ist gekennzeichnet durch die Aufgabe, Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht miteinander in Einklang zu bringen.<sup>139)</sup> Die oft diskutierten Diskrepanzen zwischen diesen beiden Rechtsgebieten mögen vorab an zwei Beispielen veranschaulicht werden.

Beispiel: E schenkt und übereignet dem B ein Gemälde. Es stellt sich heraus, daß beide Verträge unwirksam sind. E kann zum einen nach § 812 I Satz 1 1. Alt. kondizieren. Er muß dann aber dem B nach der herrschenden Auslegung des § 818 III alle Aufwendungen ersetzen, die dieser im Vertrauen auf die Unwiderruflichkeit des Vermögenszuwachses gemacht hat. E kann zum anderen nach § 985 vindizieren. In diesem Fall muß er nur eventuelle Verwendungen nach den §§ 994 ff. ersetzen. Ist nur der Schenkungsvertrag nichtig, kann E wiederum nicht vindizieren. Gründe für diese unterschiedliche Wertung sind nicht ersichtlich.

Beispiel: A und B tauschen und übereignen einander ihre Gemälde. Es stellt sich heraus, daß alle Verträge unwirksam sind. Das Gemälde des B, dessen Besitz A erlangt hat, ist bei einem Brand zerstört worden. Der Kondiktionsanspruch des A ist gemäß der Saldotheorie nach § 818 III untergegangen. Der Vindikationsanspruch des A ist dagegen unberührt geblieben. B kann auch kein Zurückbehaltungsrecht geltend machen, da sein Gegenanspruch mit der Zerstörung des Bildes nach der herrschenden Auslegung des § 818 III untergegangen ist. Ist nur der Tauschvertrag nichtig, kann A wiederum nicht vindizieren. Gründe für diese unterschiedliche Wertung sind auch hier nicht ersichtlich.

---

139) Vgl. die Übersicht bei Köbl a.a.O. (vgl. FN 111) (200 ff.).

Nach der herrschenden Auslegung des § 818 III sind alle Vermögensnachteile abzugsfähig, die der Empfänger im Vertrauen auf die Unwiderruflichkeit des Vermögenszuwachses erlitten hat.<sup>140)</sup> Diese Auffassung begegnet Bedenken. Nach ihr kann jede Partei der anderen der Sache nach ihren Vertrauensschaden entgegenhalten und im Ergebnis Ersatz ihres negativen Interesses erlangen.<sup>141)</sup> Jede Partei hätte somit die Aufwendungen und sonstigen Vermögensnachteile der anderen Partei zu "vertreten".<sup>142)</sup> Dagegen spricht aber, daß jede Partei nur ihre eigenen Aufwendungen übersehen, planen und sinnvoll begrenzen kann. Der Zweck des § 818 III, die Abschöpfung der Bereicherung auf die tatsächliche Bereicherung zu beschränken, m. a. W. eine "Entreicherung" der Kondiktionspartei zu vermeiden, wird in sein Gegenteil gekehrt, wenn die jeweils andere Kondiktionspartei ihrerseits eine "Entreicherung" hinnehmen muß, weil ihrem Kondiktionsanspruch Aufwendungen in grundsätzlich beliebiger Höhe entgegengehalten werden können.

Eine Mindermeinung in der Literatur befürwortet zu Recht eine allerdings drastische teleologische Reduktion des § 818 III entsprechend den §§ 994 ff.<sup>143)</sup> Kondiktionsrecht und Vindikationsrecht lassen sich insoweit zur vollen Deckung bringen, ohne daß entgegen der Ansicht von Köbl die Gefahr besteht, daß der "Kern des § 818 III zerschlagen" wird.<sup>144)</sup> Bereicherungsrecht ist "Billigkeitsrecht".<sup>145)</sup> Damit soll aber lediglich festgestellt werden, daß Billigkeitserwägungen im Bereiche-

140) Vgl. z. B. Palandt - Thomas § 818 Anm. 6 A.

141) Dieses Recht ist allerdings nicht positiv als Anspruch, sondern negativ als Einwendung ausgestaltet.

142) Die herrschende Auslegung des § 818 III nimmt dies offenbar in Kauf und gibt sich mit der vordergründigen Deutung dieser Vorschrift als einer nur bereicherungsrechtlichen Norm zufrieden.

143) Vgl. insbesondere Wieling, Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen, AcP 169 (1969) 137 ff. (151 f.).

144) Köbl a.a.O. (219).

145) BGHZ 36, 232 (235); BGH MDR 58, 686 (686 f.); BGH JZ 61, 699 (699). A. A. z. B. Erman - Westermann Rdz. 2 vor § 812.

rungsrecht zumindest keinen geringeren Rang einnehmen als in anderen Rechtsgebieten. Die moderne Entwicklung des Bereicherungsrechts macht jedenfalls Extensionen wie Reduktionen notwendig, die selbst bei großzügiger Auslegung nicht als vom Gesetzeswortlaut gedeckt angesehen werden können.<sup>146)</sup> Es ist "billig", daß die wechselseitigen Leistungen trotz ihrer Rechtsgrundlosigkeit als miteinander verknüpft angesehen werden.<sup>147)</sup> Es ist nach der hier vertretenen Ansicht "billig", daß jede Partei trotz der Rechtsgrundlosigkeit des Leistungsaustauschs ihre allgemeinen Aufwendungen selbst tragen muß.<sup>148)</sup> Dies schließt selbstverständlich einen Anspruch aus culpa in contrahendo nicht aus.<sup>149)</sup> Es ist nach der hier vertretenen Ansicht weiter "billig", daß jede Partei trotz der Rechtsgrundlosigkeit des Leistungsaustauschs auch ihre Folgeschäden selbst tragen muß.<sup>150)</sup> Auch hier kommt selbstredend ein Anspruch aus culpa in contrahendo in Betracht.<sup>151)</sup> Es ist schließlich "billig", daß jede Partei Ersatz für ihre im Ergebnis fremdnützigen Verwendungen im Umfang der §§ 994 ff. verlangen kann.

146) Dies gilt auch gerade für die Saldotheorie, vgl. Köbl a.a.O. (221).

147) Die Saldotheorie ist gerade der "Billigkeit" der zu treffenden Entscheidung wegen entwickelt worden.

148) Zumindest ist dies nicht "unbilliger", als wenn jede Partei das "Aufwendungsrisiko" der anderen Partei tragen müßte.

149) Eine "Haftung" bezüglich der Aufwendungen der Gegenpartei setzt nach der hier vertretenen Ansicht in Übereinstimmung mit der grundsätzlichen Wertentscheidung des Bürgerlichen Rechts mithin Verschulden voraus, soweit nicht ausnahmsweise ein kein Verschulden voraussetzender Haftungstatbestand, etwa § 122, erfüllt ist.

150) Die Interessenlage ist in Bezug auf das "Folgeschädenrisiko" nicht anders als in Bezug auf das "Aufwendungsrisiko".

151) Nach der herrschenden Auslegung des § 818 III geht die bereicherungsrechtliche "Haftung" weiter als die vertragliche bzw. vorvertragliche Haftung, was schwerlich als "billig" angesehen werden kann.

Eine zweite Diskrepanz zwischen Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht ergibt sich nach der herrschenden Auslegung des § 818 III bei der Rückabwicklung eines gegenseitigen Vertrages, wenn beide Leistungen ausgetauscht worden sind und einer der Leistungsgegenstände untergegangen ist. "Nach der in der Sache allgemein anerkannten Saldotheorie bleiben bei einem nichtigen gegenseitigen Vertrag Leistung und Gegenleistung auch im Abwicklungsstadium miteinander verknüpft, so daß der Wegfall der Bereicherung bezüglich einer Leistung auch die Kondiktionsmöglichkeit bezüglich der im Austausch dafür gegebenen Leistung in Mitleidenschaft zieht."<sup>152)</sup>

Eine Mindermeinung in der Literatur tritt für die Anwendung der Saldotheorie auch im Vindikationsrecht ein.<sup>153)</sup> Diese Ansicht nimmt die Möglichkeit in Kauf, daß Eigentum und Besitz auf Dauer auseinanderfallen, und kehrt damit den Zweck des § 985 in sein Gegenteil. Das Vindikationsrecht ist nicht derselben Differenzierungen fähig wie das Kondiktionsrecht. Die Diskrepanz zwischen diesen beiden Rechtsgebieten kann mithin nur vom Bereicherungsrecht überwunden werden.

152) Köbl a.a.O. (219 f.). Keine Diskrepanzen ergeben sich hier nur für den Fall, daß ausnahmsweise die Zweikondiktionentheorie Anwendung findet, so z. B. zum Schutz des Geschäftsunfähigen.

153) v. Caemmerer, Bereicherung und unerlaubte Handlung, Festschrift Rabel I, 1954, 333 ff. (387) = Ges. Schr. I, 1968, 209 ff. (263 f.); Leser, Von der Saldotheorie zum faktischen Synallagma, 1956, 63 ff.; Pawlowski, Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger Willenserklärungen, 1966, 39 FN 3. Wieling a.a.O. (vgl. FN 143) (154) überwindet die Diskrepanz zwischen Kondiktionsrecht und Vindikationsrecht, indem er sowohl auf den Kondiktionsanspruch als auch auf den Vindikationsanspruch § 323 entsprechend anwendet, mit dem Ergebnis, daß nur kondizieren bzw. vindizieren kann, wer die Gegenleistung zurückgewähren kann.

Eine sachgerechte Lösung kann m. E. nur aus einer vergleichenden Untersuchung von § 818 II und § 818 III gewonnen werden. Geht bei einem nichtigen gegenseitigen Vertrag einer der Leistungsgegenstände unter, so hat der Kondiktions-schuldner an sich nach § 818 II den Wert des Leistungsgegenstandes zu ersetzen. § 818 III schränkt die Anwendung des § 818 II ein. Nach § 818 III stehen sich nicht ein Anspruch auf Wertersatz und ein Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung gegenüber, sondern der Verlust des Anspruchs auf Herausgabe des untergegangenen Leistungsgegenstandes bewirkt den Verlust des Anspruchs auf Herausgabe der Gegenleistung.<sup>154)</sup> Entfällt bei einem Kondiktionsschuldner die Bereicherung, verdrängt mithin § 818 III den § 818 II. Es stellt sich aber die Frage, ob nicht § 818 II wiederum die Anwendung des § 818 III einschränken kann. Es entspricht der "Billigkeit", dem Besitzer einen Anspruch auf Wertersatz nach § 818 II zuzuerkennen, weil der Eigentümer einen Anspruch auf Herausgabe der Gegenleistung nach § 985 hat.<sup>155)</sup> Konkurriert dem Kondiktionsverhältnis ein Vindikationsverhältnis, ist mithin davon auszugehen, daß § 818 II den § 818 III verdrängt.<sup>156)</sup> Der Besitzer hat nach der hier vertretenen Ansicht also einen Wertersatzanspruch nach § 818 II, der seinen untergegangenen Anspruch aus § 812 ersetzt, und der Eigentümer hat demzufolge nicht nur einen Herausgabeanspruch nach

---

154) A. A. von seiner grundsätzlich anderen Auffassung aus ist Flume, Der Wegfall der Bereicherung in der Entwicklung vom römischen zum geltenden Recht, Festschrift Niedermeyer, 1953, 103 ff. (167), nach dessen Meinung der Untergang des Leistungsgegenstandes nicht zum Verlust des Gegenanspruchs auf Herausgabe der Gegenleistung führt.

155) Entspricht dies ausnahmsweise einmal nicht der "Billigkeit", findet bereits die Saldotheorie keine Anwendung und der Eigentümer kann aus diesem Grund von vorne herein auch kondizieren.

156) Dieser Konstruktion vergleichbar ist z. B. der Einfluß einer vertraglichen Haftung auf die konkurrierende deliktische Haftung.

§ 985, sondern auch einen Herausgabeanspruch nach § 812.<sup>157)</sup> Kondiktionsrechtlich findet eine Saldierung statt, vindiktionsrechtlich hat der Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht.

Die hier vorgeschlagene Lösung berücksichtigt das Interesse des Besitzers aber auch noch unter einem anderen Gesichtspunkt. Sind z. B. Kaufvertrag und Übereignungsvertrag unwirksam, so hat der Besitzer die Sache zwar im Besitz, aber er kann z. B. nicht als Berechtigter über sie verfügen oder sie belasten. Er hat mithin ein schutzwertes Interesse daran "Rückabwicklung" des Leistungsaustauschs auch dann verlangen zu können, wenn die Gegenleistung beim Eigentümer untergegangen ist.

Damit ist schließlich auch die Lösung in Bezug auf die anspruchsausschließenden Tatbestände der §§ 814, 815, 817 Satz 2 gefunden. Die kondiktionsrechtliche "Mißbilligung" kann sich gegenüber dem vindiktionsrechtlichen Ordnungsprinzip nicht durchsetzen: Konkurriert dem Kondiktionsverhältnis ein Vindikationsverhältnis, sind die §§ 814, 815, 817 Satz 2 unanwendbar. Auch insoweit wird mithin vermieden, daß Eigentum und Besitz auf Dauer auseinanderfallen.

---

157) Bei teilweisem Untergang bzw. bei Verschlechterung des Leistungsgegenstandes hat der Besitzer mithin einen kombinierten Anspruch aus § 812 und § 818 II.

### III. Teil

Das Besitzrecht des Besitzers, der einem Dritten den Besitz vermittelt

---

## 7. Kapitel

### Das dingliche Besitzrecht am Besitzrecht des Dritten

Hat der Dritte mit dem Eigentümer z. B. einen Pachtvertrag abgeschlossen und bestellt er seinem künftigen Besitzmittler einen Nießbrauch an diesem obligatorischen Recht, so erwirbt der künftige Besitzmittler einen Teilinhalt des obligatorischen Rechts, der ihn im Verhältnis zum Eigentümer zum unmittelbaren Besitz berechtigt, §§ 1068 II, 1036 I. Die Belastung eines obligatorischen Rechts ist die Abspaltung eines Teilinhalts dieses Rechts.<sup>158)</sup> Nach dieser Auffassung, die sich zutreffend an den dogmatischen Erkenntnissen zur Rechtslage bei der Belastung dinglicher Rechte orientiert, versteht es sich von selbst, daß das Besitzrecht des künftigen Besitzmittlers ein obligatorisches ist.<sup>159)</sup> Ein Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzmittler scheitert mithin an der Einwendung des Besitzmittlers aus den §§ 581 I, 1074 Satz 1.

Vor der Besitzerlangung durch den Nießbraucher oder durch den Pächter kann der Eigentümer von jedem beliebigen Besitzer Herausgabe der Sache an sich verlangen. Nach der Besitzerlangung durch den Nießbraucher oder durch den Pächter kann der Eigentümer nur noch Herausgabe der Sache an den Nießbraucher verlangen. Der Eigentümer kann also z. B. von einem Dieb auch dann nur Herausgabe der Sache an den Nieß-

---

158) Baur Sachenrecht § 60 I 2.

159) Nach Palandt - Bassenge § 1074 Anm. 2 b kann der Nießbraucher lediglich das obligatorische Recht des Dritten in gesetzlicher Prozeßstandschaft geltend machen. Nach Stein - Jonas - Leipold Rdz. 36 vor § 50 IV hat er dagegen ein aus seinem eigenen materiellen Rechtsanteil zu folgerndes eigenes materielles Einziehungsrecht.

braucher und nicht an sich oder an den Pächter verlangen, wenn die Sache nicht dem Nießbraucher, sondern dem Pächter gestohlen worden ist. Der Nießbraucher ist, wie erwähnt, der Inhaber eines Teilinhalts des obligatorischen Rechts aus § 581 I. Er hat mithin auch anteilig die Einwendung aus diesem obligatorischen Recht. Ist das obligatorische Recht des Pächters nicht belastet, kann der Eigentümer entsprechend der Einwendung des Pächters nur Herausgabe der Sache an den Pächter verlangen. Ist das obligatorische Recht des Pächters dagegen belastet, kann der Eigentümer entsprechend der anteiligen Einwendung des Nießbrauchers nur Herausgabe der Sache an den Nießbraucher verlangen. Der Rechtslage bei der Belastung obligatorischer Rechte entspricht die Rechtslage bei der Abtretung obligatorischer Rechte.

Der Eigentümer kann andererseits, positiv gesehen, nicht nur von einem "zufälligen" Besitzer, sondern auch von seinem Pächter Herausgabe der Sache an den Nießbraucher verlangen. Dabei ist es entgegen dem zu engen Wortlaut des § 986 I Satz 2 unerheblich, ob der Pächter dem Nießbraucher die Sache wieder weggenommen oder noch gar nicht übergeben hat. Deutlicher als bei der Belastung obligatorischer Rechte wird dies bei der Abtretung obligatorischer Rechte. Wenn der Pächter seine Pachtforderung mit der wegen § 399 1. Alt. erforderlichen Zustimmung des Eigentümers an einen neuen Gläubiger abtritt, ihm die Sache aber nicht übergibt, so kann der Eigentümer von dem alten Gläubiger Herausgabe der Sache an den neuen Gläubiger nach § 986 I Satz 2 verlangen.

## 8. Kapitel

### Das Verwaltungsrecht am Vermögen des Dritten

Hat der Dritte mit dem Eigentümer z. B. einen Pachtvertrag abgeschlossen und verliert er die Geschäftsfähigkeit, so hat an Stelle des Pächters der Vormund im Verhältnis zum Eigentümer das relative Recht zum unmittelbaren Besitz. In gleicher Weise, wie zwischen den Begriffen "dingliches Recht" und "absolutes Recht" zu unterscheiden ist, ist auch zwischen den Begriffen "obligatorisches Recht" und "relatives Recht" zu unterscheiden. Der Pächter "hat" das obligatorische Recht zum unmittelbaren Besitz und "darf" grundsätzlich die Sache dem Eigentümer gegenüber unmittelbar besitzen. Besteht Vormundschaft, so "hat" der Pächter zwar das obligatorische Recht zum unmittelbaren Besitz, aber der Vormund "darf" an seiner Stelle die Sache dem Eigentümer gegenüber unmittelbar besitzen. Der Pächter hat also das obligatorische Recht zum unmittelbaren Besitz und der Vormund hat das relative Recht zum unmittelbaren Besitz.<sup>160)</sup> Ein Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Vormund scheitert mithin an der Einwendung des Vormunds aus § 581 I.

Vor der Besitzerlangung durch den Vormund oder durch den Pächter kann der Eigentümer von jedem beliebigen Besitzer Herausgabe der Sache an sich verlangen. Nach der Besitzerlangung durch den Vormund oder durch den Pächter kann der Eigentümer nur noch Herausgabe der Sache an den Vormund verlangen. Hat der Pächter, der den Besitz verloren hat, selbst

---

160) Der Vormund kann sein Besitzrecht als gesetzlicher Vertreter des Dritten geltend machen.

das relative Recht zum unmittelbaren Besitz, kann der Eigentümer nur Herausgabe der Sache an den Pächter verlangen. Hat nicht der Pächter, der den Besitz verloren hat, sondern an seiner Stelle ein Vormund das relative Recht zum unmittelbaren Besitz, kann der Eigentümer folgerichtig nur Herausgabe der Sache an den Vormund verlangen.

Der Eigentümer kann andererseits, positiv gesehen, nicht nur von einem "zufälligen" Besitzer, sondern auch von seinem Pächter Herausgabe der Sache an den Vormund verlangen.<sup>161)</sup> Insoweit besteht allerdings Anlaß, das Rechtsschutzinteresse des Eigentümers zu prüfen. Wenn der Pächter die verpachtete Sache nicht gefährdet, so hat der Eigentümer kein schutzwertes Interesse daran, daß der Vormund sein Besitzrecht auch realiter ausübt. Es widerspräche in diesem Fall auch den Grundsätzen einer ordnungsgemäßen, d. h. sich im Rahmen des Notwendigen haltenden Verwaltung, wenn der Vormund seinerseits sein Besitzrecht auch realiter ausüben wollte. Wenn der Vormund sein Besitzrecht aber nicht auch realiter ausüben will, so kann der Eigentümer nach § 986 I Satz 2 a. E. von seinem Pächter auch nicht Herausgabe der Sache an den Vormund verlangen.

---

161) Da der Pächter voraussetzungsgemäß geschäftsunfähig ist, muß sich der Eigentümer an den Vormund als dessen gesetzlichen Vertreter halten und kann m. a. W. von dem Vormund verlangen, daß dieser den Besitz übernimmt.

## 9. Kapitel

### Das obligatorische Besitzrecht gegen den Dritten

#### 1) Die Fallgruppen

Nach der Rechtsstellung des Dritten lassen sich vier Fallgruppen unterscheiden: Der Dritte hat das dingliche Recht zum unmittelbaren Besitz; der Dritte hat das Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers; der Dritte hat das obligatorische Recht zum unmittelbaren Besitz gegen den Eigentümer; der Dritte hat kein materielles Recht zum unmittelbaren Besitz.

Beispiel: Der Nießbraucher N verpachtet im eigenen Namen und übergibt die im Eigentum des E stehende Sache dem B. Seine Legitimation ergibt sich aus dem Gesetz, § 1059 Satz 2. E kann von B nicht Herausgabe der Sache an N verlangen. Das obligatorische Besitzrecht des B gegen N wird dem E dergestalt zugerechnet, daß B gegen den Vindikationsanspruch des E dieselbe Einwendung hat, die er gegen den Vindikationsanspruch des N hätte, wenn dieser Eigentümer wäre, § 986 I Satz 1 2. Alt.

Beispiel: Der Vormund V verpachtet im eigenen Namen und übergibt die im Eigentum des E stehende Sache dem B. Seine Legitimation ergibt sich aus dem Gesetz, §§ 1897 Satz 1, 1793. E, vertreten von V, kann von B nicht Herausgabe der Sache an V verlangen. Das obligatorische Besitzrecht des B gegen V wird dem E dergestalt zugerechnet, daß B gegen den Vindikationsanspruch des E dieselbe Einwendung hat, die er gegen den Vindikationsanspruch des V hätte, wenn dieser Eigentümer wäre, § 986 I Satz 1 2. Alt.

Beispiel: Der Hauptmieter H vermietet im eigenen Namen und übergibt die im Eigentum des E stehende Sache mit dessen "Erlaubnis" dem B. Seine Legitimation ergibt sich aus einem Rechtsgeschäft, argumentum e § 549 I Satz 1. E kann von B nicht Herausgabe der Sache an H verlangen. Das obligatorische Besitzrecht des B gegen H wird dem E dergestalt zugerechnet, daß B gegen den Vindikationsanspruch des E dieselbe Einwendung hat, die er gegen den Vindikationsanspruch des H hätte, wenn dieser Eigentümer wäre, § 986 I Satz 1 2. Alt.

Beispiel: Der Freund F vermietet im eigenen Namen und übergibt die im Eigentum des E stehende Sache mit dessen "Erlaubnis" dem B. Seine Legitimation ergibt sich aus einem Rechtsgeschäft, argumentum e § 549 I Satz 1 a fortiori. E kann von B weder Herausgabe der Sache an sich noch Herausgabe der Sache an F verlangen. Das obligatorische Besitzrecht des B gegen F wird dem E dergestalt zugerechnet, daß B gegen den Vindikationsanspruch des E dieselbe Einwendung hat, die er gegen den Vindikationsanspruch des F hätte, wenn dieser Eigentümer wäre, § 986 I Satz 1 2. Alt.

Aus dem letzten Beispiel erhellt, daß es entgegen dem Wortlaut des § 986 I Satz 1 2. Alt. unerheblich ist, ob der Dritte, von dem der Besitzer "sein Recht zum Besitz ableitet", seinerseits ein Recht zum Besitz hat oder nicht.<sup>162)</sup> Ausreichend aber auch erforderlich für eine Zurechnung i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. ist mithin die Legitimation des Dritten zum Abschluß des Schuldvertrages. Diese beiden Institute sind nunmehr näher zu untersuchen.

## 2) Die Legitimation des Dritten zum Abschluß des Schuldvertrages: Verwaltung und Verwaltungsmacht

Es erscheint zweckdienlich, zunächst § 549 I Satz 1 auszulegen. § 549 I Satz 1 bezieht sich seinem Wortlaut nach sowohl auf den bloßen Abschluß des Untermietvertrages als auch auf die Besitzüberlassung selbst, § 986 I Satz 2 bezieht sich insoweit nur auf die Besitzüberlassung. Sachlich kann zwischen diesen beiden Vorschriften kein Unterschied bestehen. Es stellt sich mithin die Frage, ob der Vermieter bzw. Eigentümer in den Abschluß des Schuldvertrages oder in die Besitzüberlassung einwilligen muß. Jedenfalls die Besitzüberlassung greift in den Rechtskreis des Vermieters bzw. Ei-

---

162) RGZ 80, 395 (397 ff.); RGZ 124, 28 (31 f.).

gentümers ein. Bezüglich der Legitimation des Hauptmieters kommt es aber gerade auf den Inhalt des Schuldvertrages, in dessen Rahmen die Besitzüberlassung erfolgt, und auf die Person des Vertragspartners an. Ist es dem Hauptmieter erlaubt, den Besitz der Sache im Rahmen eines Untermietvertrages einem Untermieter zu überlassen, so ist es ihm noch nicht erlaubt, den Besitz der Sache im Rahmen eines Werkvertrages einem Werkunternehmer zu überlassen und umgekehrt. Ist es dem Hauptmieter erlaubt, den Besitz der Sache einem Vertragspartner A zu überlassen, so ist es ihm nicht ohne weiteres erlaubt, den Besitz der Sache einem Vertragspartner B zu überlassen und umgekehrt. Gerade bei der Besitzüberlassung im Rahmen eines Werkvertrages wird im übrigen der Hauptmieter den Vermieter bzw. Eigentümer nicht fragen, ob er dem Werkunternehmer die Sache übergeben darf, sondern ob er bestimmte Verwendungen auf die Sache machen darf bzw. ob er den Werkunternehmer bestimmte Verwendungen auf die Sache machen lassen darf. Der Abschluß des Schuldvertrages und die auf ihm beruhende Besitzüberlassung lassen sich mithin nicht voneinander trennen: Die "Erlaubnis" des Vermieters bzw. Eigentümers deckt mietrechtlich bzw. vindikationsrechtlich den Rechtsakt des Vertragsabschlusses und deliktsrechtlich den Realakt der Besitzüberlassung.

Nunmehr ist die Dogmatik der Legitimation des Dritten zum Abschluß des Schuldvertrages mit dem künftigen oder auch schon gegenwärtigen Besitzer zu untersuchen. Als Beispiel mag der Fall dienen, daß ein beliebiger Dritter mit dem Besitzer einen Mietvertrag abgeschlossen und ihm die Sache übergeben hat. Die Wirksamkeit dieses Mietvertrages bestimmt sich unabhängig davon, ob der Eigentümer seine Erlaubnis gemäß § 549 I Satz 1 erteilt hat oder nicht.<sup>163)</sup> Hat er seine

---

163) A. A. Dommnich, Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentümer und Untermieter, NJW 1955, 1620 ff. Dagegen Lenk, Zur Frage, welche Bedeutung die Erlaubnis des Vermieters nach § 549 BGB hat, NJW 1956, 290 f.

Erlaubnis nicht erteilt, ist der zwischen dem Besitzer und dem Dritten abgeschlossene schuldrechtliche Vertrag sachenrechtlich irrelevant.<sup>164)</sup> Hat er seine Erlaubnis aber erteilt, ist der zwischen dem Besitzer und dem Dritten abgeschlossene schuldrechtliche Vertrag sachenrechtlich ebenso relevant wie ein zwischen dem Besitzer und dem Eigentümer abgeschlossener schuldrechtlicher Vertrag.<sup>165)</sup>

Der Fall, daß der Dritte die in fremdem Eigentum stehende Sache im eigenen Namen vermietet, kann nur in vergleichender Untersuchung mit dem Fall analysiert werden, daß der Dritte die in fremdem Eigentum stehende Sache im Namen des Eigentümers vermietet. Das Handeln in fremdem Namen ist, soweit das abzuschließende Rechtsgeschäft dem Bereich der Vermögenssorge und nicht dem Bereich der Personensorge zuzurechnen ist, vgl. § 1626 II, ein Unterfall der Verwaltung fremden Vermögens. Dies ist offensichtlich, wenn die Vertretungsmacht des Dritten, d. h. seine Legitimation gerade zum Handeln in fremdem Namen, auf Gesetz, d. h. auf einem Verwaltungsrecht des Vertreters am Vermögen des Vertretenen, beruht.<sup>166)</sup> Es kann aber nichts anderes gelten, wenn die Vertretungsmacht des Dritten auf Rechtsgeschäft beruht.<sup>167)</sup> Die Vertretung ohne Vertretungsmacht, d. h. die mißlungene Vertretung, die mißlungene Verwaltung fremden Vermögens, ist mithin typisierter Unterfall einer Verwaltung ohne Verwaltungsmacht.<sup>168)</sup>

Übereignet ein Dritter eine in fremdem Eigentum stehende Sache im Namen des Eigentümers, so ergibt sich gegenüber dem

164) Der Eigentümer kann unbestritten vindizieren.

165) Der Eigentümer kann unbestritten nicht vindizieren.

166) So ausdrücklich § 1626 II a. E.

167) Voraussetzung ist natürlich auch hier, daß sich der Inhalt der Vertretungsmacht auf den Bereich der Vermögenssorge des Vertretenen bezieht.

168) Zu Inhalt und Abgrenzung dieses Instituts, dessen Einführung hier vorgeschlagen wird, vgl. die folgenden Ausführungen sowie das nächste Kapitel.

Vorigen nur insofern ein Unterschied, als Verfügungen stets dem Bereich der Vermögenssorge zuzuordnen sind.<sup>169)</sup>

Übereignet ein Dritter eine in fremdem Eigentum stehende Sache im eigenen Namen, so bedarf er der Verfügungsbefugnis, d. h. der Legitimation gerade zur Verfügung im eigenen Namen. Die Verfügung über eine in fremdem Eigentum stehende Sache im eigenen Namen ist gleichfalls ein Unterfall der Verwaltung fremden Vermögens.<sup>170)</sup> Es kann auch hier keinen Unterschied machen, ob die Verfügungsbefugnis des Dritten auf einem Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers oder auf Rechtsgeschäft, § 185 I, beruht.<sup>171)</sup> Hat der Dritte keine Verfügungsbefugnis, handelt er auch hier als Verwalter ohne Verwaltungsmacht.<sup>172)</sup>

Der vierte und letzte Fall, auf den nunmehr zurückzukommen ist, liegt vor, wenn der Dritte einen schuldrechtlichen Vertrag im eigenen Namen abschließt. Der Dritte verwaltet hier regelmäßig nur sein eigenes Vermögen. Daneben ist aber jedenfalls dann zusätzlich ein Unterfall der Verwaltung fremden Vermögens gegeben, wenn sich der Dritte verpflichtet, dem künftigen oder auch schon gegenwärtigen Besitzer den unmittelbaren Besitz der in fremdem Eigentum stehenden Sache zu gewähren.<sup>173)</sup> Ein Schuldvertrag mit diesem Inhalt ist stets dem Bereich der Vermögenssorge, und zwar dem Bereich

169) Anders verhält es sich mit dem Erwerb. Der Erwerb etwa eines Heilmittels ist dem Bereich der Personensorge zuzuordnen.

170) Zur gesetzlichen Verfügungsbefugnis vgl. z. B. Palandt - Diederichsen § 1638 Anm. 1.

171) Der Inhalt auch der rechtsgeschäftlichen Verfügungsbefugnis bezieht sich stets auf den Bereich der Vermögenssorge des Eigentümers.

172) Fehlt dem Eigentümer das Verwaltungsrecht an seinem Vermögen und mithin die Verfügungsbefugnis, so handelt insoweit auch er als Verwalter ohne Verwaltungsmacht.

173) Der Abschluß eines Schuldvertrages mit diesem Inhalt ist der hauptsächlichste, aber keineswegs einzige Fall der Verwaltung fremden Vermögens, vgl. das nächste Kapitel.

der Vermögenssorge auch des Eigentümers, zuzuordnen und bedarf insoweit der Legitimation.<sup>174)</sup> Dies ist auch in diesem Fall dann offensichtlich, wenn die Legitimation des Dritten zum Abschluß des Schuldvertrages im eigenen Namen auf einem Verwaltungsrecht des Dritten am Vermögen des Eigentümers beruht.<sup>175)</sup> Es kann dann aber auch hier nichts anderes gelten, wenn die Legitimation des Dritten zum Abschluß des Schuldvertrages im eigenen Namen auf Rechtsgeschäft, d. h. auf der "Erlaubnis" des Eigentümers beruht.<sup>176)</sup> Hat der Dritte keine Legitimation, handelt er auch hier als Verwalter ohne Verwaltungsmacht.<sup>177)</sup>

Ein in fremdem Namen abgeschlossener Schuldvertrag und ein im eigenen Namen abgeschlossener Schuldvertrag unterscheiden sich darin, daß bei einem Mangel der Vertretungsmacht der Schuldvertrag unwirksam und bei einem Mangel der Legitimation i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. der Schuldvertrag wirksam ist.<sup>178)</sup> Ihnen ist gemeinsam, daß bei einem Mangel der jeweiligen Verwaltungsmacht die sachenrechtliche Rechtslage unverändert bleibt.<sup>179)</sup> Zu demselben Ergebnis führt ein Vergleich der Rechtslage bei einem Mangel der Verfügungsbefugnis und einem Mangel der Legitimation i. S. des § 986 I

---

174) Keine Probleme ergeben sich daraus, daß zugleich auch ein Fall der Verwaltung eigenen Vermögens gegeben ist.

175) Zur gesetzlichen Befugnis, Verpflichtungen einzugehen, vgl. z. B. Palandt - Diederichsen § 1638 Anm. 1.

176) Der Inhalt auch der rechtsgeschäftlichen Legitimation bezieht sich stets auf den Bereich der Vermögenssorge des Eigentümers.

177) Der Verwaltung fremden Vermögens i. w. S. ist mithin als einer ihrer Unterfälle die Verwaltung fremden Vermögens in dem besonderen Sinne des § 986 I Satz 1 2. Alt. gegenüberzustellen.

178) Der Mangel der Vertretungsmacht ist allerdings heilbar, § 177 I. Es liegt mithin ein Fall schwebender Unwirksamkeit vor.

179) Vgl. aber FN 178. Wenn man, wie hier sogleich vorgeschlagen wird, auf die "Erlaubnis" § 185 analog anwendet, ist auch der Mangel der Verwaltungsmacht i. e. S. heilbar, § 185 II Satz 1 1. Alt. analog.

Satz 1 2. Alt.<sup>180)</sup> Der enge systematische Zusammenhang des Instituts der "Erlaubnis" i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. mit den §§ 164 ff. einerseits und mit § 185 andererseits legt es nahe, auf dieses Institut § 185 analog anzuwenden.<sup>181)</sup>

- 3) Die Zurechnung i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt.: Die fiktive Nachbildung des § 986 II

Der Besitzer hat nach § 986 I Satz 1 2. Alt. gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des Dritten hätte, wenn dieser Eigentümer wäre. Die Konstruktion des § 986 I Satz 1 2. Alt. folgt damit weitgehend der Konstruktion des § 986 II: Der Besitzer hat nach § 986 II gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des Voreigentümers hatte, als dieser Eigentümer war.

180) Der Mangel der Verfügungsbefugnis ist ebenfalls heilbar, § 185 II. Auch die Verfügung ist mithin nur schwebend unwirksam.

181) Eine unmittelbare Anwendung des § 185 auf die "Erlaubnis" befürworten Raape, Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Jher. J. 71 (1922) 97 ff. (172) und Soergel - Mühl § 986 Rdz. 6. § 185 wäre aber nur dann unmittelbar anwendbar, wenn der Abschluß des Schuldvertrages durch den Dritten eine Verfügung darstellen würde. Schließt der Eigentümer selbst einen Schuldvertrag ab, so liegt darin keine Verfügung. Dann kann auch keine Verfügung darin liegen, daß ein Dritter einen Schuldvertrag abschließt. Geboten ist mithin die analoge Anwendung des § 185. Auf die "Erlaubnis" ist § 185 I analog anzuwenden. Der Schuldvertrag ist aber weiter nach § 185 II Satz 1 1. Alt. analog auch "genehmigungsfähig". Dagegen bedarf es weder einer analogen Anwendung von § 185 II Satz 1 2. Alt. noch von § 185 II Satz 1 3. Alt. Wenn der Dritte das Eigentum an der Sache erwirbt, scheidet ein Vindikationsanspruch des bisherigen Eigentümers aus. Wenn der Dritte von dem Eigentümer beerbt wird, geht die obligatorische Verpflichtung des Dritten auf den Eigentümer über, § 1922 I. Eine analoge Anwendung von § 185 II Satz 2 scheidet somit von vorne herein aus.

Nach § 986 II ist der Vindikationsanspruch des Eigentümers identisch mit dem realen Vindikationsanspruch des Voreigentümers, nach § 986 I Satz 1 2. Alt. ist der Vindikationsanspruch des Eigentümers identisch mit dem fiktiven Vindikationsanspruch des Dritten.

Die hier vertretene Interpretation des § 986 I Satz 1 2. Alt. als einer fiktiven Nachbildung des § 986 II wird durch die Erkenntnis gestützt, daß auch die korrespondierende Vorschrift des § 986 I Satz 2 einer allerdings nicht Gesetz gewordenen Nachbildung bedarf.

Beispiel: Der Hauptmieter H vermietet die im Eigentum des E stehende Sache dem B. E übergibt die Sache deshalb unmittelbar dem B. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Untermietvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe der Sache an sich. Der Vindikationsanspruch des E scheitert nicht an § 986 I Satz 2, da H niemals Besitzer war. Die Übergabe der Sache an B stellte aber nicht eine Leistung im Verhältnis E zu B, sondern eine Leistung im Verhältnis E zu H sowie eine Leistung im Verhältnis H zu B dar. Damit erscheint eine analoge Anwendung des § 986 I Satz 2 gerechtfertigt. H hat gegen den Vindikationsanspruch des E gegen B mithin dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des E gegen sich hätte, wenn er Besitzer wäre, § 986 I Satz 2 analog. E kann von B nur Herausgabe der Sache an H verlangen.

Beispiel: Der Mieter M tritt den Anspruch aus dem Mietvertrag an B ab. E übergibt die Sache deshalb unmittelbar dem B. Es stellt sich die Unwirksamkeit der Abtretung sowie des zu Grunde liegenden Schuldvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe der Sache an sich. Der Vindikationsanspruch des E scheitert nicht an § 986 I Satz 2, da M niemals Besitzer war. Die Übergabe der Sache an B stellte aber nicht eine Leistung im Verhältnis E zu B, sondern eine Leistung im Verhältnis E zu M sowie eine Leistung im Verhältnis M zu B dar. Damit erscheint eine analoge Anwendung des § 986 I Satz 2 auch hier gerechtfertigt. M hat gegen den Vindikationsanspruch des E gegen B mithin dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des E gegen sich hätte, wenn er Besitzer wäre, § 986 I Satz 2 analog. E kann von B nur Herausgabe der Sache an M verlangen.

Der Dritte hat nach § 986 I Satz 2 analog gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen sich hätte, wenn er Besitzer wäre. Die Konstruktion des § 986 I Satz 2 analog folgt damit weitgehend der Konstruktion des § 986 I Satz 2: Der Dritte hat nach § 986 I Satz 2 gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer dieselbe Einwendung, die er gegen den Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen sich hatte, als er Besitzer war. Nach § 986 I Satz 2 ist der Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer identisch mit dem realen Vindikationsanspruch gegen den Dritten, nach § 986 I Satz 2 analog ist der Vindikationsanspruch des Eigentümers gegen den Besitzer identisch mit dem fiktiven Vindikationsanspruch gegen den Dritten.

Es wurde bereits festgestellt, daß § 986 II eine sachenrechtliche Nachbildung des schuldrechtlichen § 404 und § 986 I Satz 2 eine sachenrechtliche Nachbildung des schuldrechtlichen § 417 I Satz 1 darstellt. Diese Aussage kann nunmehr durch die Erkenntnis abschließend ergänzt werden, daß einerseits auch § 986 I Satz 1 2. Alt. eine sachenrechtliche Nachbildung des § 404 und andererseits auch § 986 I Satz 2 analog eine sachenrechtliche Nachbildung des § 417 I Satz 1 ist. Der im Verhältnis zu obligatorischen Rechtsbeziehungen komplexen Natur der dinglichen Rechtsbeziehungen entspricht der im Verhältnis zu den obligatorischen Einwendungstatbeständen komplexe Aufbau der dinglichen Einwendungstatbestände: Der "Vorgläubiger" aus § 404 hat eine dingliche Entsprechung sowohl in dem Voreigentümer aus § 986 II als auch in dem fiktiven Voreigentümer aus § 986 I Satz 1 2. Alt.; der "Vorschuldner" aus § 417 I Satz 1 hat eine dingliche Entsprechung sowohl in dem Vorbesitzer aus § 986 I Satz 2 als auch in dem fiktiven Vorbesitzer aus § 986 I Satz 2 analog.

## 10. Kapitel

### Das Zurückbehaltungsrecht gegen den Herausgabeanspruch des Dritten

#### 1) Die Problemstellung

Im Rahmen dieses Kapitels sind diejenigen Fälle zu untersuchen, in denen der Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Herausgabeanspruch eines Dritten hat, das soll genauer heißen, in denen er ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Vindikationsanspruch eines Dritten hätte, wenn dieser Eigentümer wäre. Nach § 986 I Satz 1 2. Alt. ist, wie bereits ausgeführt, der Vindikationsanspruch des Eigentümers identisch mit dem fiktiven Vindikationsanspruch des Dritten, soweit eine Zurechnung nach dieser Vorschrift stattfindet. Eine Zurechnung findet statt, wenn der Dritte als Verwalter mit Verwaltungsmacht mit dem künftigen oder auch schon gegenwärtigen Besitzer einen Schuldvertrag im eigenen Namen abschließt. Die sich daraus ergebenden Abgrenzungsprobleme sollen nunmehr im einzelnen dargestellt werden. Hierbei lassen sich verschiedene Fallgruppen unterscheiden, denen die Gliederung dieses Kapitels folgt.

#### 2) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen wirksamen Werkvertrag abgeschlossen

Beispiel: E verkauft und übergibt dem D einen Kleinbus unter Eigentumsvorbehalt. Nach den Geschäftsbedingungen ist D verpflichtet, erforderlich werdende Reparaturen sofort ausführen zu lassen. Als der Kleinbus reparaturbedürftig wird, schließt D mit dem Werkunternehmer U einen Werkvertrag ab und übergibt

ihm den Kleinbus. D begleicht weder die Kaufpreisforderung des E noch die Werklohnforderung des U. E tritt von dem Kaufvertrag mit D wirksam zurück und verlangt von U Herausgabe des inzwischen reparierten Kleinbusses.

Diesem Beispielsfall liegt die wohl bekannteste und umstrittenste höchstrichterliche Entscheidung zum Vindikationsrecht zu Grunde.<sup>182)</sup> Die zu diesem Fall vertretenen Lösungsvorschläge stimmen in dem Wunsch überein, das Interesse des U zu schützen.<sup>183)</sup> Der Bundesgerichtshof gibt dem U einen Gegenanspruch nach den §§ 994 ff.<sup>184)</sup> Nach dieser Ansicht bestimmt sich die Rechtslage ohne Rücksicht auf den Inhalt des Werkvertrages ausschließlich nach der Art der gemachten Verwendungen.<sup>185)</sup> Nach der h. M. in der Literatur hat U gutgläubig ein Werkunternehmerpfandrecht nach § 647 erworben.<sup>186)</sup> Gegen diese Meinung ist einzuwenden, daß die Vorschriften über den gutgläubigen Erwerb eines rechtsgeschäftlichen Pfandrechts keine entsprechende Anwendung auf die gesetzlichen Pfandrechte finden können.<sup>187)</sup> Nach einer Mindermeinung in der Literatur ist der Vindikationsanspruch gegenüber einem vertraglichen Rückgabeanspruch subsidiär.<sup>188)</sup> Diese Auffassung setzt einen bereits abgelehnten komplexen, schuldrechtliche Beziehungen integrierenden Eigentumsbegriff voraus.<sup>189)</sup>

---

182) BGHZ 34, 122.

183) Vgl. die Zusammenstellung bei Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 587 ff.

184) BGHZ 34, 122 (127 ff.).

185) Der Unternehmer hat danach z. B. keinen Gegenanspruch bei anderen als notwendigen Verwendungen, wenn die objektive Werterhöhung nach dem gemäß § 644 I Satz 2 erfolgten Ge-  
fahrübergang wegfällt.

186) Vgl. z. B. Baur Sachenrecht § 55 C II 2 a; Westermann Sachenrecht § 133 I; Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 594 m. w. N. sowie den Literaturnachweis in BGHZ 27, 317 (323 f.).

187) BGHZ 34, 153 (157 f.).

188) Vgl. insbesondere Raiser, Die Subsidiarität der Vindikation und ihrer Nebenfolgen, JZ 1961, 529 ff. (531).

189) BGHZ 34, 122 (123 f.) m. w. N.

Der hier zu untersuchende Fall muß m. E. von einem anderen Ausgangspunkt aus gelöst werden. Es ist die Frage zu stellen, ob U nicht nach § 986 I Satz 1 2. Alt. gegen den Vindikationsanspruch des E dasselbe Zurückbehaltungsrecht aus der Werklohnforderung gegen D hat, das er gegen den Vindikationsanspruch des D hätte, wenn dieser Eigentümer wäre. Dies ist der Fall, wenn der von D vorgenommene Abschluß des Werkvertrages mit U dem E i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. zuzurechnen ist. Die "Erlaubnis" zum Abschluß des Werkvertrages liegt vor. Sie enthält jedoch weder eine Bevollmächtigung noch, wenn man dieses Institut überhaupt anerkennen will, eine Verpflichtungsermächtigung.<sup>190)</sup> Fraglich ist mithin allein, ob der Abschluß des Werkvertrages als Verwaltung fremden Vermögens anzusehen ist. Es obliegt der Vermögenssorge gerade des Eigentümers, durch den Abschluß eines Werkvertrages mit einem Werkunternehmer dafür zu sorgen, daß die in seinem Eigentum stehende Sache erhalten, wiederhergestellt oder verbessert wird. D handelte beim Abschluß des Werkvertrages mit U somit als Verwalter mit Verwaltungsmacht. U hat folglich nach § 986 I Satz 1 2. Alt. gegen den Vindikationsanspruch des E ein Zurückbehaltungsrecht aus seiner Werklohnforderung gegen D.

E kann also, wenn U sein Zurückbehaltungsrecht geltend macht, nur Zug um Zug gegen Zahlung der Werklohnforderung des U gegen D nach § 267 I Satz 1 vindizieren. Im übrigen kann er auch von D Abtretung des allerdings gleichermaßen einredebehafteten Rückgabeanspruchs verlangen. Begleicht E die Werklohnforderung des U gegen D, hat er gegen diesen einen Rückgriffsanspruch aus Auslagenkondiktion. Verschoben wird im Ergebnis mithin nur das Insolvenzrisiko für den Fall der Insolvenz des D.

---

190) Gegen die Anerkennung dieses Instituts die nahezu einhellige Meinung, vgl. z. B. Palandt - Heinrichs § 185 Anm. 1 a.

Vindikationsrechtlich ist die Rechtslage für den Fall, daß der legitimierte Dritte mit dem Werkunternehmer im eigenen Namen kontrahiert hat, also gleich der Rechtslage für den Fall, daß der vertretungsberechtigte Dritte mit dem Werkunternehmer im Namen des Eigentümers kontrahiert hat und gleich der Rechtslage für den Fall, daß der Eigentümer selbst mit dem Werkunternehmer kontrahiert hat.<sup>191)</sup>

- 3) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen unwirksamen Werkvertrag abgeschlossen

Beispiel: E verkauft und übergibt dem D einen Kleinbus unter Eigentumsvorbehalt. Nach den Geschäftsbedingungen ist D verpflichtet, erforderlich werdende Reparaturen sofort ausführen zu lassen. Als der Kleinbus reparaturbedürftig wird, schließt D mit dem Werkunternehmer U einen Werkvertrag ab und übergibt ihm den Kleinbus. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Werkvertrages heraus. E verlangt von U Herausgabe des inzwischen reparierten Kleinbusses an D.

U hat, indem er eine Verwendung auf den Kleinbus gemacht hat, dem D eine rechtsgrundlose Leistung erbracht.<sup>192)</sup> Wenn D Eigentümer wäre und deshalb einen Vindikationsanspruch gegen U hätte, so könnte U gegen diesen Vindikationsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht aus den §§ 812 I Satz 1 1. Alt., 818 II

---

191) War der Dritte weder legitimiert noch vertretungsberechtigt noch Eigentümer, so hat der Werkunternehmer gegen den Vindikationsanspruch nur ein Zurückbehaltungsrecht aus seinem Verwendungsersatzanspruch, dessen Erörterung nicht Gegenstand dieses Kapitels ist.

192) Eine im Rahmen eines vermeintlich wirksamen Werkvertrages auf die Sache gemachte Verwendung stellt eine bewußte und zweckgerichtete Mehrung fremden Vermögens und damit eine Leistung dar, so zu Recht Köbl a.a.O. (vgl. FN 111) (275 f.).

geltend machen.<sup>193)</sup> U hat gegen den Vindikationsanspruch des E mithin dann ein Zurückbehaltungsrecht aus seiner kondiktionsrechtlichen Forderung gegen D, wenn der von D vorgenommene Abschluß des Werkvertrages mit U trotz seiner Unwirksamkeit dem E i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. zuzurechnen ist. Die Unwirksamkeit des Werkvertrages ändert nichts daran, daß D beim Abschluß des Werkvertrages mit U als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat.<sup>194)</sup> U hat folglich nach § 986 I Satz 1 2. Alt. gegen den Vindikationsanspruch des E ein Zurückbehaltungsrecht, in diesem Fall aus seiner kondiktionsrechtlichen Forderung gegen D.<sup>195)</sup>

Vindikationsrechtlich wird der Werkunternehmer durch die Unwirksamkeit des Werkvertrages also nicht benachteiligt. Umgekehrt wird der Eigentümer durch die Unwirksamkeit des Werkvertrages, deren Ursache im übrigen nicht in seiner eigenen

---

193) Köbl a.a.O. (275 f.) m. w. N. vertritt die im Vordringen begriffene Ansicht, daß, sofern eine Verwendung zugleich eine Leistung an den Eigentümer darstellt, das Kondiktionsrecht den §§ 994 ff. vorgeht. "Es ist nämlich nicht einsichtig, weshalb derjenige Werkunternehmer, der Besitzer geworden ist, an die nach Anspruchsvoraussetzungen, Umfang und Durchsetzung limitierte Verwendungsersatzregelung der §§ 994 bis 1003 gebunden sein sollte, wogegen der nichtbesitzende Werkunternehmer bei Unwirksamkeit des Vertrages ohne derartige Beschränkungen die dem Besteller durch seine Werkleistung zugeflossene Bereicherung kondizieren kann." Nach der hier entwickelten Auffassung steht der Werkleistung an den Eigentümer die Werkleistung an den zum Abschluß des Werkvertrages legitimierten Dritten gleich. Im übrigen können die Zurückbehaltungsrechte aus Leistungskondiktionsanspruch und Verwendungsersatzanspruch konkurrieren, vgl. die Ausführungen im 15. Kapitel.

194) Die Rechtslage ist insoweit nicht anders zu beurteilen als bei einem unwirksamen Vertrag, den ein Vertreter mit Vertretungsmacht bzw. ein Nichtberechtigter mit Verfügungsbefugnis geschlossen hat.

195) Der Kondiktionsanspruch des D, dessen Abtretung E verlangen kann, besteht zwar ungekürzt, da die in der Verwendung liegende Leistung des U weder die Gegenleistung zur Besitzerlangung noch einen bloßen Abzugsposten darstellt und mithin nicht zu saldieren ist, aber er ist in gleicher Weise wie der Vindikationsanspruch des E einredebehaftet.

Rechtssphäre, sondern in der Rechtssphäre des Dritten oder des Werkunternehmers begründet ist, nicht bevorzugt. Dies entspricht der Interessenlage der Beteiligten. Das liegt auf der Hand, wenn der zwischen dem legitimierten Dritten und dem Werkunternehmer abgeschlossene Vertrag z. B. deshalb unwirksam ist, weil der Werkunternehmer geschäftsunfähig und deshalb besonders schutzbedürftig ist. Die Interessenlage würde hier in ihr Gegenteil gekehrt, wenn der Eigentümer nun gerade aus der Unwirksamkeit des mit seiner "Erlaubnis" abgeschlossenen Vertrages Nutzen ziehen und nur durch die §§ 994 ff. eingeschränkt Herausgabe verlangen könnte. Ist auch der Eigentümer geschäftsunfähig und seine "Erlaubnis" in den Abschluß des Werkvertrages deshalb unwirksam, so hat der Werkunternehmer nur ein Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 994 ff.

4) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen unwirksamen Mietvertrag abgeschlossen

Beispiel: D vermietet im eigenen Namen und mit "Erlaubnis" des E einen im Eigentum des E stehenden Traktor an B und übergibt ihm den Traktor. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Mietvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe des Traktors an sich.

Wenn D Eigentümer wäre und deshalb einen Vindikationsanspruch gegen B hätte, so könnte B gegen diesen Vindikationsanspruch ein Zurückbehaltungsrecht aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner rechtsgrundlos erbrachten Mietzinsleistung geltend machen. Die Unwirksamkeit des Mietvertrages ändert nichts daran, daß D beim Abschluß des Mietvertrages mit B als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat.<sup>196)</sup> B hat folglich nach § 986 I Satz 1 2. Alt. gegen den Vindikationsan-

---

196) Vgl. FN 194.

spruch des E ein Zurückbehaltungsrecht aus seiner kondiktionsrechtlichen Forderung gegen D.<sup>197)</sup>

Der Besitzer wird also auch in diesem Fall vindikationsrechtlich nicht benachteiligt. Die Interessenlage ist hier nicht anders als bei einem unwirksamen Werkvertrag. Der geschäftsunfähige vermeintliche Mieter ist im Gegenteil noch schutzbedürftiger, da er eine Gegenleistung aufgebracht hat. Ist auch der Eigentümer geschäftsunfähig und seine "Erlaubnis" in den Abschluß des Mietvertrages deshalb unwirksam, so hat der Besitzer insoweit kein Zurückbehaltungsrecht.

5) Der Dritte hat mit dem Besitzer einen unwirksamen Verfügungsvertrag abgeschlossen

Beispiel: D übereignet im eigenen Namen und mit Einwilligung des E einen im Eigentum des E stehenden Traktor an B und übergibt ihm den Traktor. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Übereignungsvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe des Traktors an sich.

Bei der rechtlichen Erörterung ist zu unterscheiden zwischen dem Abschluß des dem Verfügungsvertrag zu Grunde liegenden Verpflichtungsvertrages und dem Abschluß des Verfügungsvertrages selbst.

Wenn D Eigentümer wäre und deshalb einen Vindikationsanspruch gegen B hätte, so hätte B gegen diesen Vindikationsanspruch, wenn der dem Verfügungsvertrag zu Grunde liegende Verpflichtungsvertrag zwischen D und B ein Kaufvertrag ist, die Einwendung aus § 433 I Satz 1, und wenn der Kaufvertrag unwirksam ist, die Einrede aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner

---

197) Der Kondiktionsanspruch des D, dessen Abtretung E verlangen kann, besteht nur gekürzt, da die in der Mietzinszahlung liegende Leistung des B die Gegenleistung zur Besitzerlangung darstellt und mithin zu saldieren ist.

rechtsgrundlos geleisteten Kaufpreiszahlung. Voraussetzung der Zuordnung i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. ist aber, daß D beim Abschluß des Kaufvertrages mit B als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat. Dies ist der Fall, wenn E seine "Erlaubnis" zum Abschluß des Kaufvertrages erteilt hat. In der Einwilligung in die Verfügung des D liegt zugleich die "Erlaubnis" in die Verpflichtung des D und umgekehrt.<sup>198)</sup> Die Unwirksamkeit des Übereignungsvertrages kann nichts daran ändern, daß D beim Abschluß des Kaufvertrages mit B als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat.<sup>199)</sup> B hat folglich nach § 986 I Satz 1 2. Alt. gegen den Vindikationsanspruch des E die Einwendung aus § 433 I Satz 1 bzw. bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages die Einrede aus § 812 I Satz 1 1. Alt.<sup>200)</sup>

Der Rechtslage bei der Übereignung einer fremden Sache entspricht augenscheinlich die Rechtslage bei der Belastung einer fremden Sache etwa mit einem Nießbrauch. Dies bedarf keiner weiteren Erörterung.

---

198) Die Einwilligung nach § 185 ist nicht "abstrakt", sondern "kausal" in dem Sinne, daß sie nicht zu einer Verfügung schlechthin, sondern nur zu einer Verfügung zu bestimmten schuldrechtlichen Konditionen ermächtigt, vgl. z. B. OLG Hamburg MDR 1970, 506 (506).

199) Vgl. FN 194.

200) Ob E bei Unwirksamkeit des Kaufvertrages Herausgabe an sich oder nur Herausgabe an D verlangen kann, richtet sich danach, ob D seinerseits zum Besitz berechtigt ist oder nicht. Der Kondiktionsanspruch, den D im Falle der Unwirksamkeit des Kaufvertrages hat, besteht nur gekürzt, da die in der Kaufpreiszahlung liegende Leistung des B die Gegenleistung zur Besitzerlangung darstellt und mithin zu saldieren ist.

## 6) Weitere Fälle

Den Fällen, in denen der Dritte ein fremdes Recht überträgt oder belastet, sind diejenigen Fälle gegenüberzustellen, in denen der Dritte sein eigenes Recht überträgt oder belastet.

Überträgt der Nießbraucher seinen Nießbrauch, was im Rahmen der §§ 1059 a ff. möglich ist, so überträgt er sein eigenes Recht. Dieses eigene Recht ist aber zugleich ein Ausschnitt aus einem fremden Recht, dem Recht des Eigentümers. Der Nießbraucher verwaltet mithin bei der Übertragung des Nießbrauches unmittelbar nur sein eigenes Vermögen, mittelbar aber das Vermögen des Eigentümers. Deshalb bedarf der Nießbraucher zur Übertragung seines Rechts der Legitimation, die er aber nur ausnahmsweise hat, §§ 1059 a ff. Soweit der Nießbraucher zur Übertragung des Nießbrauches legitimiert ist, ist er auch zum Abschluß des zu Grunde liegenden Schuldvertrages und mithin zur Überlassung des Besitzes im Rahmen dieses Schuldvertrages legitimiert. Würde das BGB die Belastung des Nießbrauches mit einem Nießbrauch kennen, so würde insoweit nichts anderes gelten.

Überträgt der Käufer oder Pächter seine Forderung, was im ersten Fall nach § 398 und im zweiten Fall wegen § 399 1. Alt. nur mit Zustimmung des Vertragspartners möglich ist, so überträgt er sein eigenes Recht. Dem Anspruch des Käufers bzw. Pächters korrespondiert aber eine Verpflichtung des Vertragspartners, der Abtretung dieses Anspruchs mithin eine "Richtungsänderung" dieser Verpflichtung. Der Käufer bzw. Pächter verwaltet mithin bei der Übertragung der Forderung unmittelbar nur sein eigenes Vermögen, mittelbar aber das Vermögen des Vertragspartners. Deshalb bedarf der Forderungsinhaber zur Übertragung seines Rechts der Legitimation, die er allerdings regelmäßig hat, § 398. Soweit der Forderungsinhaber zur

Übertragung der Forderung legitimiert ist, ist er auch zum Abschluß des zu Grunde liegenden Schuldvertrages und mithin zur Überlassung des Besitzes im Rahmen dieses Schuldvertrages legitimiert. Der Rechtslage bei der Übertragung der Forderung entspricht die Rechtslage bei der Belastung der Forderung etwa mit einem Nießbrauch.

#### IV. Teil

#### Die Rechtsscheintatbestände

---

## 11. Kapitel

### Die Rechtsscheintatbestände bei wirksamen Verträgen

#### 1) Die Problemstellung

Es sind insgesamt vier Fallgruppen zu unterscheiden: Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verfügungsvertrages eingewilligt; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verpflichtungsvertrages eingewilligt; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer.<sup>201)</sup> Die beiden ersten Fallgruppen bieten keine Probleme und sind hier nur zu erwähnen, weil sie den Ausgangspunkt für weitere in diesem und im nächsten Kapitel anzustellende Überlegungen bilden. Zu den beiden letzten Fallgruppen ist die Frage zu stellen, inwieweit die Rechtsscheintatbestände der beiden ersten Fallgruppen entsprechende Anwendung finden können.

---

201) Daneben gibt es noch zwei weitere, hier allerdings nicht zu behandelnde Fallgruppen: Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe ihn zum Abschluß des Verfügungsvertrages bevollmächtigt; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe ihn zum Abschluß des Verpflichtungsvertrages bevollmächtigt.

- 2) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verfügungsvertrages eingewilligt

Auf die Einwilligung nach § 185 I finden richtiger Ansicht nach die §§ 170 ff. entsprechende Anwendung.<sup>202)</sup> Man kann der Anscheins- bzw. Duldungsvollmacht mithin eine Anscheins- bzw. Duldungseinwilligung gegenüberstellen, wobei sich dann diese wie jene als typisierter Anwendungsfall einer allgemeinen Anscheins- bzw. Duldungslegitimation darstellt.

Beispiel: E übersieht seit geraumer Zeit sorgfaltspflichtwidrig, daß sich D dergestalt in seine Geschäfte mischt, daß er ohne seine Einwilligung im eigenen Namen über landwirtschaftliches Zubehör des E verfügt. D übereignet nun im eigenen Namen einen im Eigentum des E stehenden Traktor an B, der gutgläubig in Bezug auf das Vorliegen der Einwilligung ist, und übergibt ihm den Traktor. E verlangt von B Herausgabe des Traktors an sich.

D hat beim Abschluß des Verfügungsvertrages dem Rechts-schein nach als Nichtberechtigter mit Verfügungsbefugnis gehandelt.<sup>203)</sup> Die reale Einwilligung des Eigentümers nach § 185 I als tatbestandliche Voraussetzung des Eigentumserwerbs durch B kann im Beispielsfall durch die fiktive Einwilligung des Eigentümers entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 170 ff. ersetzt werden. E hat sein Eigentum mithin an B verloren. Ein Vindikationsanspruch besteht folglich nicht.

---

202) Vgl. z. B. Palandt - Heinrichs § 185 Anm. 2; offen gelassen von BGH JZ 1970, 253 (254).

203) Welche Anforderungen an den Rechtsschein im einzelnen zu stellen sind, mag hier dahinstehen.

- 3) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer

In dieser Fallgruppe sind zahlreiche Rechtsscheintatbestände zu unterscheiden, vgl. insbesondere die §§ 892, 932 ff.<sup>204)</sup>

Als Beispiel mögen hier die §§ 932 ff. dienen.

Beispiel: E hat dem B seinen Traktor vermietet und übergeben. D übereignet im eigenen Namen und übergibt den Traktor dem B, der gutgläubig in Bezug auf das Eigentum des D ist. E verlangt von B Herausgabe des Traktors an D.

D war beim Abschluß des Verfügungsvertrages bzw. bei der hier gleichzeitig erfolgten Übergabe dem Rechtsschein nach der Eigentümer. Das reale Eigentum des Verfügenden gemäß § 929 Satz 1 als tatbestandliche Voraussetzung des Eigentumserwerbs durch B kann im Beispielsfall durch das fiktive Eigentum des Verfügenden gemäß § 932 I Satz 1 ersetzt werden. E hat sein Eigentum mithin an B verloren. Ein Vindikationsanspruch besteht folglich nicht.

- 4) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verpflichtungsvertrages eingewilligt

Auf die Erlaubnis des Eigentümers i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. findet, wie ausgeführt, § 185 I entsprechende Anwendung. Auf § 185 I analog müssen dann m. E. wiederum die

---

204) Vgl. die Zusammenstellung von Westermann, Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, 1 ff.

§§ 170 ff. entsprechende Anwendung finden können.<sup>205)</sup>

Beispiel: E übersieht seit geraumer Zeit sorgfaltspflichtwidrig, daß sein Mieter M die angemietete Wohnung immer wieder einmal ohne seine Erlaubnis im eigenen Namen weitervermietet. M vermietet nun im eigenen Namen die angemietete Wohnung an B, der gutgläubig in Bezug auf das Vorliegen der Erlaubnis ist, und überläßt ihm den Besitz. E verlangt von B Herausgabe der Wohnung an M.

M hat beim Abschluß des Mietvertrages dem Rechtsschein nach als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt. Die reale Erlaubnis des Eigentümers nach § 185 I analog als tatbestandliche Voraussetzung der Subsumtion dieses Falles unter § 986 I Satz 1 2. Alt. kann im Beispielsfall durch die fiktive Erlaubnis des Eigentümers entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 170 ff. ersetzt werden. Der Beispielsfall ist mithin unter § 986 I Satz 1 2. Alt. zu subsumieren. B hat folglich gegen den Vindikationsanspruch des E die Einwendung aus seinem obligatorischen Recht gegenüber M.

- 5) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer

Das Eigentum desjenigen, der sich zur Besitzüberlassung verpflichtet hat, ist tatbestandliche Voraussetzung der Subsumtion eines Falles unter § 986 I Satz 1 1. Alt. Das mangelnde Eigentum des Schuldners kann, wenn kein Rechtsscheintatbe-

---

205) Man könnte von einer Anscheins- bzw. Duldungslegitimation i. e. S. sprechen, die sich dann als weiterer Anwendungsfall der allgemeinen Anscheins- bzw. Duldungslegitimation i. w. S. darstellt.

stand gegeben ist, auch nicht mit der Folge einer Zurechnung nach § 986 I Satz 1 2. Alt. ersetzt werden.

Beispiel: D ist im Grundbuch zu Unrecht als Eigentümer eingetragen. Er vermietet im eigenen Namen das Grundstück an B, der gutgläubig in Bezug auf das Eigentum des D ist, und überläßt ihm den Besitz. Der wahre Eigentümer E verlangt von B Herausgabe des Grundstücks an sich.

D hat beim Abschluß des Mietvertrages als Verwalter ohne Verwaltungsmacht gehandelt. Die Rechtsscheintatbestände der §§ 892, 932 ff. beziehen sich nur auf Verfügungsgeschäfte, nicht auf Verpflichtungsgeschäfte. Ein sonstiger Rechtsscheintatbestand ist nicht ersichtlich. B hat folglich gegen den Vindikationsanspruch des E keine Einwendung aus seinem obligatorischen Anspruch gegen D.

## 12. Kapitel

### Die Rechtsscheintatbestände bei unwirksamen Verträgen

#### 1) Die Problemstellung

Es sind dieselben vier Fallgruppen wie im vorigen Kapitel zu unterscheiden: Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verfügungsvertrages eingewilligt; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verpflichtungsvertrages eingewilligt; der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer.<sup>206)</sup> In allen Fallgruppen soll angenommen werden, daß der jeweils abgeschlossene Vertrag unwirksam ist. Es ist dann die Frage zu stellen, inwieweit die Unwirksamkeit der Verträge in Bezug auf den Rechtsschein und den Vindikationsanspruch relevant ist.

---

206) Vgl. FN 201.

- 2) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verfügungsvertrages eingewilligt; der Verfügungsvertrag ist unwirksam

Beispiel: E übersieht seit geraumer Zeit sorgfaltspflichtwidrig, daß sich D dergestalt in seine Geschäfte mischt, daß er ohne seine Einwilligung im eigenen Namen über landwirtschaftliches Zubehör des E verfügt. D übereignet nun im eigenen Namen einen im Eigentum des E stehenden Traktor an B, der gutgläubig in Bezug auf das Vorliegen der Einwilligung ist, und übergibt ihm den Traktor. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Übereignungsvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe des Traktors an sich.

Die Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages ändert nichts daran, daß D beim Abschluß des Verfügungsvertrages dem Rechtsschein nach als Nichtberechtigter mit Verfügungsbefugnis gehandelt hat.<sup>207)</sup> B hat aber in Folge der Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages kein Eigentum erworben. Es stellt sich mithin die Frage, ob B gegen den Vindikationsanspruch des E die Einwendung aus seinem obligatorischen Recht gegenüber D hat.<sup>208)</sup> § 986 I Satz 1 2. Alt. wäre zum einen gegeben, wenn D beim Abschluß des dem Übereignungsvertrag zu Grunde liegenden Kaufvertrages mit B als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hätte.<sup>209)</sup> Da E aber nicht in die Verfügung des D eingewilligt hat, kann er auch nicht in die Verpflichtung des D eingewilligt haben und umgekehrt.<sup>210)</sup> § 986 I Satz 1 2. Alt. ist zum anderen auch dann gegeben, wenn D beim Abschluß des Kaufvertrages mit B dem Rechtsschein nach als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat.<sup>211)</sup> Der gute Glaube

---

207) Vgl. FN 203.

208) Der Käufer hat zunächst nach wie vor den Erfüllungsanspruch, Larenz Schuldrecht II § 40 II b 3.

209) Vgl. die Ausführungen im 9. Kapitel.

210) Vgl. FN 198.

211) Vgl. die Ausführungen im 11. Kapitel.

des B in Bezug auf das Vorliegen der Einwilligung in das Verfügungsgeschäft impliziert den guten Glauben in Bezug auf das Vorliegen der Einwilligung in das Verpflichtungsgeschäft und umgekehrt.<sup>212)</sup> Der Beispielsfall ist mithin unter § 986 I Satz 1 2. Alt. zu subsumieren: B hat gegen den Vindikationsanspruch des E die Einwendung aus seinem obligatorischen Recht gegenüber D.<sup>213)</sup>

Die hier vorgeschlagene Lösung entspricht der Interessenlage der Beteiligten. Das liegt auch hier auf der Hand, wenn der zwischen dem dem Rechtsschein nach als Nichtberechtigter mit Verfügungsbefugnis handelnden Dritten und dem Besitzer abgeschlossene Verfügungsvertrag z. B. deshalb unwirksam ist, weil der Besitzer die Geschäftsfähigkeit verloren hat und deshalb besonders schutzbedürftig ist. Die Interessenlage würde hier in ihr Gegenteil gekehrt, wenn der Eigentümer, dem der Rechtsschein zuzurechnen ist, nun gerade aus der Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages Nutzen ziehen und nur durch die §§ 994 ff. eingeschränkt Herausgabe verlangen könnte. Ist auch der Eigentümer geschäftsunfähig und ihm der Rechtsschein deshalb nicht zuzurechnen, so hat der Besitzer nur ein Zurückbehaltungsrecht nach den §§ 994 ff.<sup>214)</sup>

Zu klären ist aber noch die weitere Frage, wie sich das Unvermögen des D zur Erfüllung seiner Übereignungspflicht vindikationsrechtlich auswirkt.<sup>215)</sup> Die Lösung des Falles ergibt sich aus einer vergleichenden Untersuchung der §§ 986 II und 986 I Satz 1 2. Alt. Nach § 986 II ist der Vindikationsan-

212) OLG Hamburg MDR 1970, 506 (506).

213) Ist auch der Kaufvertrag unwirksam, hat B gegen den Vindikationsanspruch des E die Einrede aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner dem D rechtsgrundlos geleisteten Kaufpreiszahlung.

214) Die Zurechnung nach den Grundsätzen der Anscheinsvollmacht erfordert Geschäftsfähigkeit, Palandt - Heinrichs § 173 Anm. 4 c aa; OLG Stuttgart MDR 1956, 673 (673).

215) Es ist eine Sachverhaltsfrage, ob bereits das Herausgabeverlangen des E den guten Glauben des B beseitigt oder nicht.

spruch des neuen Eigentümers derselben Einwendung ausgesetzt, der der Vindikationsanspruch des alten Eigentümers ausgesetzt war. Wenn der Eigentümer E seine Sache dem B verkauft und übergibt und sie sodann dem X mit der Vereinbarung eines Leihverhältnisses übereignet, so hat B gegen den Vindikationsanspruch des X die Einwendung aus § 433 I Satz 1 wegen seines obligatorischen Rechts gegenüber E.<sup>216)</sup> Das Unvermögen des E, seine Verpflichtung zur Übereignung zu erfüllen, beseitigt nicht seine Verpflichtung zur Besitzüberlassung.<sup>217)</sup> Das Kaufverhältnis zwischen E und B und damit die Einwendung aus § 433 I Satz 1 erlischt aber in dem Moment, in dem B von seiner Wahlmöglichkeit nach § 325 I Gebrauch macht.<sup>218)</sup> An die Stelle des auf Erfüllung gerichteten alten Schuldverhältnisses tritt aber nun ein auf Liquidation gerichtetes neues Schuldverhältnis, an die Stelle der Einwendung aus dem materiellen Besitzrecht tritt die Einrede aus einem Zurückbehaltungsrecht.<sup>219)</sup> Tritt B von dem Kaufvertrag mit E zurück, hat er gegen den Vindikationsanspruch des X ein Zurückbehaltungsrecht aus § 348 wegen seiner dem E geleisteten Kaufpreiszah-

216) Westermann Sachenrecht § 30 II 3 d.

217) Es entsteht ein "Schwebezustand", Larenz Schuldrecht I § 22 II a. Das Unvermögen tritt nicht schon mit der Veräußerung der Sache an X, sondern erst zu dem Zeitpunkt ein, in dem B seinen guten Glauben daran, daß das Eigentum bei E verblieben ist, verliert.

218) Das Kaufverhältnis erlischt als ganzes, wenn B vom Kaufvertrag zurücktritt oder geltend macht, seine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung sei erloschen; an die Stelle des Erfüllungsanspruchs des B tritt ein Ersatzanspruch, wenn B das stellvertretende commodum oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung verlangt, Larenz Schuldrecht I § 22 II a.

219) B hat nur dann kein Zurückbehaltungsrecht, wenn er seine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung noch nicht erfüllt hat und vom Kaufvertrag zurücktritt oder geltend macht, seine Verpflichtung zur Kaufpreiszahlung sei erloschen.

lung.<sup>220)</sup> Verlangt B von E nur Rückzahlung des Kaufpreises, das stellvertretende commodum oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hat er gegen den Vindikationsanspruch des X ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner im Einzelfall gestellten Forderung.<sup>221)</sup>

Damit kann die Frage beantwortet werden, wie sich die Änderung im Rechtsverhältnis zwischen dem Dritten und dem Besitzer auf die Zurechnung dieses Rechtsverhältnisses nach § 986 I Satz 1 2. Alt. auswirkt. Die Rechtslage bleibt solange unverändert, bis B von seiner Wahlmöglichkeit nach § 325 I Gebrauch macht.<sup>222)</sup> Tritt B von dem Kaufvertrag mit D zurück, hat er gegen den Vindikationsanspruch des E ein Zurückbehaltungsrecht aus § 348 wegen seiner dem D geleisteten Kaufpreiszahlung.<sup>223)</sup> Verlangt B von D nur Rückzahlung des Kaufpreises oder Schadensersatz wegen Nichterfüllung, hat er gegen den Vindikationsanspruch des E ein Zurückbehaltungsrecht wegen seiner im Einzelfall gestellten Forderung.<sup>224)</sup>

220) Die Rechtslage ist insoweit nicht anders als im Falle der Ausübung eines rechtsgeschäftlich vereinbarten Rücktrittsrechts.

221) B hat einen Anspruch auf Schadensersatz entgegen der mißverständlichen Formulierung des § 440 II bereits Zug um Zug gegen Rückgewähr der Kaufsache, Staudinger - Köhler § 440 Rdz. 13.

222) Hätte der Eigentümer seine Einwilligung in die Verfügung tatsächlich erteilt, so könnte er sie auch jetzt noch widerrufen, da unter der "Vornahme des Rechtsgeschäfts" nur die wirksame Vornahme zu verstehen ist, Palandt - Heinrichs § 183 Anm. 2. In diesem Fall würde dem D die Erfüllung seiner Verkäuferpflicht unmöglich, sobald B seinen entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 170 ff. geschützten guten Glauben an den Fortbestand der Einwilligung verliert. Die Rechtslage wäre dann nicht anders als in dem hier zu erörternden Fall.

223) Vgl. FN 220.

224) B hat keinen Anspruch auf das stellvertretende commodum, da D keinen Vorteil "infolge des Umstandes, welcher die Leistung unmöglich macht", erlangt hat.

- 3) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verfügungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer; der Verfügungsvertrag ist unwirksam

Beispiel: E hat dem D seinen Traktor vermietet und übergeben. D übereignet im eigenen Namen und übergibt den Traktor dem B, der gutgläubig in Bezug auf das Eigentum des D ist. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Übereignungsvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe des Traktors an D.

Die Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages ändert nichts daran, daß D beim Abschluß des Verfügungsvertrages bzw. bei der hier gleichzeitig erfolgten Übergabe dem Rechtsschein nach der Eigentümer war. B hat aber in Folge der Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages kein Eigentum erworben. Es stellt sich mithin auch in dieser Fallgruppe die Frage, ob B gegen den Vindikationsanspruch des E die Einwendung aus seinem obligatorischen Recht gegenüber D hat.<sup>225)</sup> D hat beim Abschluß des dem Übereignungsvertrag zu Grunde liegenden Kaufvertrages mit B als Verwalter ohne Verwaltungsmacht gehandelt. Die Rechtsscheintatbestände der §§ 892, 932 ff. beziehen sich nur auf Verfügungsgeschäfte, nicht auf Verpflichtungsgeschäfte. Ein sonstiger Rechtsscheintatbestand ist nicht ersichtlich. Das Gesetz gibt aber in den Vorschriften über den gutgläubigen Eigentumserwerb vom Nichtberechtigten zu erkennen, daß B ab dem Zeitpunkt, in dem er nach diesen Vorschriften bei Vorliegen der allgemeinen Wirksamkeitsvoraussetzungen das Eigentum erwirbt, geschützt werden soll. Die Interessenlage der Beteiligten entspricht ab diesem Zeitpunkt der Interessenlage in der vorigen Fallgruppe und es ist hier wie dort nicht einzusehen, weshalb E aus der aus seiner Sicht "zufälligen" Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages Nutzen ziehen sollte.<sup>226)</sup> Es liegt mithin eine ausfüllungsbedürftige Rege-

---

225) Vgl. FN 208.

226) Vgl. hierzu die Ausführungen zur vorigen Fallgruppe.

lungslücke vor: Der Abschluß des Verfügungsvertrages bzw. die hier gleichzeitig erfolgte Übergabe rechtfertigt das vorher nicht geschützte Vertrauen des B in das Eigentum des D, § 986 II analog.<sup>227)</sup> Der Beispielsfall ist mithin unter § 986 II analog zu subsumieren: B hat gegen den Vindikationsanspruch des E die Einwendung aus seinem obligatorischen Recht gegenüber D.<sup>228)</sup>

- 4) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, der Eigentümer habe in den Abschluß des Verpflichtungsvertrages eingewilligt; der Verpflichtungsvertrag ist unwirksam

Beispiel: E übersieht seit geraumer Zeit sorgfaltspflichtwidrig, daß sein Mieter M die angemietete Wohnung immer wieder einmal ohne seine Erlaubnis im eigenen Namen weitervermietet. M vermietet nun im eigenen Namen die angemietete Wohnung an B, der gutgläubig in Bezug auf das Vorliegen der Erlaubnis ist, und überläßt ihm den Besitz. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Mietvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe der Wohnung an M.

Die Unwirksamkeit des Mietvertrages ändert nichts daran, daß M beim Abschluß des Mietvertrages dem Rechtsschein nach als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat. Die reale Erlaubnis des Eigentümers nach § 185 I analog als tatbestandliche Voraussetzung der Subsumtion dieses Falles unter § 986 I Satz 1 2. Alt. kann im Beispielsfall durch die fiktive Erlaubnis des Eigentümers entsprechend dem Rechtsgedanken der §§ 170 ff. ersetzt werden. Der Beispielsfall ist mithin unter § 986 I

227) § 986 II analog kann im Immobiliarsachenrecht ebenso Anwendung finden wie im Mobiliarsachenrecht.

228) Vgl. FN 213. Im übrigen kann auf die Ausführungen zur vorigen Fallgruppe verwiesen werden.

Satz 1 2. Alt. zu subsumieren. B hat danach gegen den Vindikationsanspruch des E die Einrede aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner dem M rechtsgrundlos geleisteten Mietzinszahlung.

- 5) Der Dritte schließt als Nichteigentümer einen Verpflichtungsvertrag ab und erweckt den Anschein, er sei der Eigentümer; der Verpflichtungsvertrag ist unwirksam

Beispiel: D ist im Grundbuch zu Unrecht als Eigentümer eingetragen. Er vermietet im eigenen Namen das Grundstück an B, der gutgläubig in Bezug auf das Eigentum des D ist, und überläßt ihm den Besitz. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Mietvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe des Grundstücks an sich.

Die Unwirksamkeit des Mietvertrages ändert selbstredend nichts daran, daß D beim Abschluß des Mietvertrages als Verwalter ohne Verwaltungsmacht gehandelt hat. B hat danach gegen den Vindikationsanspruch des E auch keine Einrede aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner dem D rechtsgrundlos geleisteten Mietzinszahlung.

## V. Teil

## Die Vindikationsnebenansprüche

---

### 13. Kapitel

#### Der redliche Eigenbesitzer

##### 1) Abgrenzungsprobleme

Im Bereich der Vindikationsnebenansprüche sind von vorne herein zwei Fallgruppen zu unterscheiden: Der Besitzer ist redlich; der Besitzer ist unredlich.<sup>229)</sup> Inwieweit innerhalb dieser beiden Fallgruppen danach zu differenzieren ist, ob der Besitzer Eigenbesitzer oder Fremdbesitzer ist, kann erst der weitere Verlauf der Untersuchung ergeben.<sup>230)</sup>

Ausgangspunkt der Untersuchung ist der redliche Besitzer, und zwar zunächst der redliche Eigenbesitzer. Redlicher Besitzer ist derjenige Besitzer, der gutgläubig annimmt, er sei zum Besitz berechtigt.<sup>231)</sup> Redlicher Eigenbesitzer ist dagegen nur derjenige Besitzer, der gutgläubig annimmt, er sei der Eigentümer.<sup>232)</sup> Wer nur auf Grund eines vermeintlich wirksamen

229) Der sog. deliktische Besitzer, § 992, stellt keine eigene Fallgruppe dar, vgl. FN 235.

230) Einigkeit besteht darin, daß die §§ 987 ff. für den Eigenbesitzer immer und für den Fremdbesitzer "grundsätzlich", d. h. mit dann allerdings umstrittenen Modifikationen gelten, Palandt - Bassenge Vorbem. 1 b vor § 987.

231) Soergel - Mühl § 990 Rdz. 10 m. w. N.

232) Erman - Hefermehl § 937 Anm. 5. Soweit der gute Glaube an das Eigentum des Veräußerers in Frage steht, ist für den Bereich der unbeweglichen Sachen § 932 m. E. durch § 892 zu ersetzen. Der Eigenbesitzer eines Grundstücks ist demnach insoweit nur dann unredlich, wenn er das mangelnde Eigentum des voreingetragenen Veräußerers positiv kannte oder wenn ein Widerspruch gegen die Richtigkeit des Grundbuchs eingetragen war. Soweit allerdings der gute Glaube an die sich aus sonstigen Kriterien ergebende Wirksamkeit des Übereignungsvertrages in Frage steht, gilt ein einheitlicher Maßstab. Insoweit schadet auch dem Eigenbesitzer eines Grundstücks bereits grobe Fahrlässigkeit, § 990 I Satz 1.

Kaufvertrages besitzt, ist folglich als Fremdbesitzer redlich, als Eigenbesitzer aber unredlich.<sup>233)</sup>

Beispiel: E verkauft sein landwirtschaftliches Grundstück formgerecht und mit behördlicher Genehmigung an B und überläßt ihm den Besitz. Auflassung und Eintragung im Grundbuch stehen noch aus. Nach einiger Zeit stellt sich die Unwirksamkeit des Kaufvertrages heraus. Es stellt sich die Frage, ob B als redlicher oder als unredlicher Besitzer haftet.

Die im Beispielsfall aufgeworfene Frage mag zunächst noch dahinstehen.<sup>234)</sup> Vorab soll der Fall erörtert werden, daß der Besitzer redlicher Eigenbesitzer ist.

Beispiel: E verkauft sein landwirtschaftliches Grundstück an B und läßt es ihm auf. Die Eintragung im Grundbuch ist erfolgt. Nach einiger Zeit stellt sich die Unwirksamkeit des Übereignungsvertrages heraus. B ist hier redlicher Eigenbesitzer gewesen. Dies ist vindikationsrechtlich dann von Bedeutung, wenn auch der dem Übereignungsvertrag zu Grunde liegende Kaufvertrag unwirksam ist. B haftet in diesem Fall nur dann wie ein unredlicher Besitzer, wenn er die Unwirksamkeit des Kaufvertrages positiv kannte, §§ 819 I, 818 IV, 292.

## 2) Der Schadensersatzanspruch

Nach § 993 I 2. HS trägt der redliche Eigenbesitzer keine Schadensersatzpflicht. Die Haftung des sogenannten deliktischen Besitzers nach § 992 knüpft nicht an den Tatbestand "Vindikationsverhältnis", sondern eben an den Tatbestand "Delikt" an, das dieser Besitzer nicht während der Dauer

---

233) Der Käufer ist nach h. M. sogar dann nur Fremdbesitzer, wenn er bereits die Eigentumsanwartschaft erworben hat, BGH NJW 1962, 116 (117); BGH JZ 1969, 433 (433).

234) Vgl. dazu die Ausführungen im 15. Kapitel.

des Vindikationsverhältnisses, sondern bei seiner Begründung, mithin außerhalb des Vindikationsverhältnisses begeht.<sup>235)</sup>

§ 993 I 2. HS schließt einen Anspruch des Eigentümers gegen den redlichen Eigenbesitzer aus § 823 aus.<sup>236)</sup> Wer sich für den Eigentümer halten darf, darf mit der Sache auch wie ein Eigentümer verfahren, diese z. B. unachtsam behandeln oder sie auch vorsätzlich zerstören.<sup>237)</sup>

### 3) Der Nutzungsherausgabeanspruch

Der redliche Eigenbesitzer ist nach § 993 I 1. HS zur Herausgabe der Übermaßfrüchte stets und nach § 988 zur Herausgabe der Nutzungen dann nach den Vorschriften des Bereicherungsrechts verpflichtet, wenn er den Besitz "unentgeltlich" erlangt hat.<sup>238)</sup> Nach § 993 I 2. HS ist er darüber hinaus nicht zur Herausgabe von Nutzungen verpflichtet. Umstritten ist zum einen der Begriff der "Unentgeltlichkeit" i. S. des § 988.<sup>239)</sup> Umstritten ist zum anderen, ob die Herausgabepflicht nach Vindikationsrecht die Herausgabepflicht nach Kondiktionsrecht

235) Köbl a.a.O. (vgl. FN 111) (163 ff.) m. w. N. § 992 enthält also richtiger Ansicht nach nur eine allerdings überflüssige und eher verwirrende, de lege ferenda mithin zu streichende Klarstellung.

236) Andernfalls käme es zu einem Wertungswiderspruch insbesondere zu den Vorschriften über den gutgläubigen Eigentumserwerb, vgl. zu den Einzelheiten Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 574.

237) Das Gesetz kennt keinen "Eigentümerexzeß".

238) § 993 I 1. HS ist subsidiär und greift schon seinem Wortlaut nach nur dann ein, wenn nicht bereits eine andere vindikationsrechtliche Vorschrift nach den §§ 987 ff. einen Nutzungsherausgabeanspruch normiert.

239) Dem von der Rechtsprechung entwickelten "erweiterten" Unentgeltlichkeitsbegriff, vgl. RGZ 163, 348 (357); BGHZ 10, 350 (357); BGHZ 32, 76 (94) steht die Literatur nahezu geschlossen entgegen, vgl. den Literaturnachweis in Palandt - Bassenge § 988 Anm. 4 b.

ausschließt.<sup>240)</sup>

Beispiel: E verkauft sein landwirtschaftliches Grundstück an B und läßt es ihm auf. Die Eintragung im Grundbuch ist erfolgt. Nach einiger Zeit stellt sich die Unwirksamkeit sowohl des Übereignungsvertrages als auch des zu Grunde liegenden Kaufvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe der Nutzungen.

E hat gegen B dann nach § 988 einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen, wenn B den Besitz des Grundstücks "unentgeltlich" erlangt hat. "Unentgeltlichkeit" i. e. S. läge hier nur dann vor, wenn der dem Verfügungsvertrag zu Grunde liegende Verpflichtungsvertrag ein Schenkungsvertrag wäre.<sup>241)</sup> Nach der Rechtsprechung liegt aber eine "Unentgeltlichkeit" i. w. S. dann vor, wenn der Besitzer den Besitz der Mutter Sache "rechtsgrundlos" erlangt hat.<sup>242)</sup> Nach der neueren Rechtsprechung ist aber insoweit weiter erforderlich, daß der Besitzer den Besitz auch ohne "Vermögensopfer" erlangt hat.<sup>243)</sup> Auf der Grundlage dieser Auffassung stellt sich aber die Frage, ob jede Kaufpreiszahlung von vorne herein ein "Vermögensopfer" ist. Im Beispielsfall hat B gegen den Anspruch des E aus § 985 nach allen Ansichten ein Zurückbehaltungsrecht aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner rechtsgrundlos geleisteten Kaufpreiszahlung.<sup>244)</sup> Wenn man nun dem E einen Anspruch aus § 988 zuerkennt, so hat B auch gegen diesen Anspruch das nämliche Zurückbehaltungsrecht aus § 812 I Satz 1

240) Dieses Problem ist mit dem Streit über den Unentgeltlichkeitsbegriff eng verbunden, hat aber dennoch seine durchaus eigenständige dogmatische Bedeutung, vgl. die folgenden Ausführungen.

241) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 988 Anm. 2 b.

242) Vgl. FN 239.

243) BGHZ 37, 363 (368 ff.). Es ist aber wohl Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 600 darin Recht zu geben, daß der Bundesgerichtshof eine Änderung seiner Rechtsprechung lediglich "angedeutet" hat. Ob sich mit dieser Entscheidung eine Umverteilung der Gewichte von der "Rechtsgrundlosigkeit" zum "Vermögensopfer" abzeichnet, bleibt abzuwarten.

244) Dieser Anspruch umfaßt nach § 818 I auch den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen.

1. Alt.<sup>245)</sup> Wenn B dem E aber sein "Vermögensopfer" im Wege der Retention entgegenhalten kann, so trägt er im Ergebnis gerade kein "Vermögensopfer".<sup>246)</sup> Während das Merkmal "Rechtsgrundlosigkeit" von der Literatur zu Recht als unbrauchbar verworfen wird, erscheint das Merkmal "Vermögensopfer" dagegen als durchaus taugliches Abgrenzungskriterium: Der Besitzer hat den Besitz der Muttersache dann "unentgeltlich" erlangt, wenn er ihn ohne "Vermögensopfer" erlangt hat.<sup>247)</sup> Der Eigentümer hat m. a. W. dann einen Anspruch aus § 988, wenn ein Schenkungsvertrag abgeschlossen wurde, wenn der Besitzer seine Gegenleistung noch nicht erbracht hat oder wenn der Besitzer seine Gegenleistung im Wege der Retention geltend machen kann.<sup>248)</sup>

Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Muttersache und auf Herausgabe der Nutzungen ist mithin im Beispielsfall entgegen der Auffassung der Literatur und in Übereinstimmung mit der Rechtsprechung einheitlich nach Vindikationsrecht schlüssig.

245) Entgegen RGZ 163, 348 (360) kann hier die Gegenleistung nicht saldiert werden. § 988 ist im Gegensatz zu § 818 I nicht Anspruchsteil, sondern eigenständiger Anspruch. Es kann mithin nur diejenige "Entreicherung" saldiert werden, die im Zusammenhang gerade mit derjenigen "Bereicherung" steht, die das Eigentum bzw. der Besitz an den Früchten oder der Genuß der Gebrauchsvorteile darstellt. Das aber sind nur die Gewinnungskosten, § 102. Der Besitzer kann aber die Gegenleistung im Wege der Retention geltend machen.

246) BGHZ 37, 363 hatte ein "Dreiecksverhältnis" zu entscheiden und konnte zu dieser Frage keine Stellung nehmen.

247) Ähnlich Köbl a.a.O. (227), nach deren Ansicht "nach wirtschaftlicher Betrachtungsweise festzustellen wäre, ob der Besitzer für die Nutzungen effektiv ein Vermögensopfer gebracht hat". Es erscheint jedoch möglich und zweckmäßig, dem wirtschaftlichen Unentgeltlichkeitsbegriff einen exakten juristischen Unentgeltlichkeitsbegriff gegenüberzustellen, vgl. die folgenden Ausführungen.

248) Zu den "Dreiecksverhältnissen" vgl. die folgenden Ausführungen.

Der Anspruch des Eigentümers nach § 812 auf Herausgabe der Muttersache erfaßt nach § 818 I auch den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen.<sup>249)</sup> Die Literatur weist zu Recht darauf hin, daß kein Grund ersichtlich ist, weshalb die Anwendung des § 818 I ausgeschlossen sein sollte.<sup>250)</sup>

Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Muttersache und auf Herausgabe der Nutzungen ist mithin im Beispielsfall entgegen der Auffassung der Rechtsprechung und in Übereinstimmung mit der Literatur einheitlich nach Kondiktionsrecht schlüssig.

Die hier entwickelte Auffassung versteht sich als Synthese der von Rechtsprechung und Literatur vertretenen Ansichten. Ihr Ziel ist die möglichst unkomplizierte Lösung des Konkurrenzproblems.

Die oben vorgeschlagene Abgrenzung des Unentgeltlichkeitsbegriffs gewinnt praktische Bedeutung, wenn der Besitzer den Besitz von einem Dritten erlangt hat. Der Besitzer kann dem Eigentümer seine an den Dritten erbrachte Gegenleistung im Wege der Retention entgegenhalten, wenn der Dritte als Verwalter mit Verwaltungsmacht gehandelt hat oder wenn ein Rechtsscheintatbestand gegeben ist.

Beispiel: Der im Grundbuch zu Unrecht als Eigentümer eingetragene D verkauft das landwirtschaftliche Grundstück des E an B und läßt es ihm auf. Die Eintragung im Grundbuch ist erfolgt. Nach einiger Zeit stellt sich die Unwirksamkeit des Übereignungsvertrages heraus. E verlangt von B Herausgabe der Nutzungen.

---

249) Insoweit kann, da es sich um einen einheitlichen Anspruch handelt, im Gegensatz zu § 988 die Gegenleistung saldiert werden.

250) Vgl. FN 240.

B hat gegen den Vindikationsanspruch des E zunächst die Einwendung aus seinem obligatorischen Recht gegenüber D.<sup>251)</sup> Nach Ausübung seines Wahlrechts nach § 325 I hat B die Einrede wegen seines Rückgewähranspruchs aus § 346 Satz 1 bzw. § 323 III bzw. wegen seines Schadensersatzanspruchs aus § 325 I Satz 1.<sup>252)</sup> B kann seinen Anspruch auf Rückgewähr der Gegenleistung bzw. seinen diesem Anspruch nach § 325 I gleichwertigen Schadensersatzanspruch mithin im Wege der Retention geltend machen.<sup>253)</sup> B hat den Besitz folglich ohne "Vermögensopfer" erlangt.<sup>254)</sup> E hat folglich gegen B nach § 988 einen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen, gegen den B dasselbe Zurückbehaltungsrecht hat, das er gegen den Vindikationsanspruch hat.<sup>255)</sup>

Damit kann § 993 I 2. HS, soweit er sich auf die Nutzungen bezieht, abschließend interpretiert werden. § 993 I 2. HS schließt nicht die Leistungskondiktion, wohl aber die Eingriffskondiktion aus.<sup>256)</sup> Ein Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen aus Eingriffskondiktion ist aber m. E. dann nicht

251) Vgl. dazu die Ausführungen im vorigen Kapitel.

252) Ist auch der Kaufvertrag unwirksam, hat B von vorne herein die Einrede aus § 812 I Satz 1 1. Alt. wegen seiner dem D rechtsgrundlos geleisteten Kaufpreiszahlung.

253) Der Schadensersatzanspruch ersetzt systematisch wie auch der Anspruch auf das stellvertretende commodum den Erfüllungsanspruch und steht insoweit gerade im Gegensatz zu den Rückgewähransprüchen. Aus § 325 I erhellt jedoch die Gleichwertigkeit jener Ansprüche mit den Ansprüchen auf Rückgewähr der Gegenleistung.

254) Dies wäre nach dem Vorigen auch dann der Fall, wenn ein Schenkungsvertrag vorläge oder wenn B seine Gegenleistung noch nicht erbracht hätte.

255) In dieser Fallvariante liegt nach der hier entwickelten Auffassung die Hauptbedeutung des § 988.

256) Vgl. z. B. Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 600.

ausgeschlossen, wenn dieser Anspruch nach § 818 I einen Bestandteil eines Anspruchs auf Herausgabe der Muttersache aus Eingriffskondiktion darstellt.<sup>257)</sup> Verübt der redliche Eigenbesitzer schuldlos verbotene Eigenmacht, so hat der Eigentümer gegen den Besitzer nach § 812 I Satz 1 2. Alt. einen Anspruch auf Herausgabe der Muttersache, der nach § 818 I den Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen umfaßt. Dieser Fall mag z. B. vorliegen, wenn jemand ein Zuchttier in Verwahrung gibt und sich, da der Verwahrer nicht aufzufinden ist, bei der Rücknahme selbst bedient und dabei einer Verwechslung unterliegt. Der Nutzungsherausgabeanspruch ist in diesem Fall aber auch aus § 988 schlüssig. Der Anspruch des Eigentümers auf Herausgabe der Muttersache und auf Herausgabe der Nutzungen ist hier mithin entsprechend der Rechtslage bei der Leistungskondiktion sowohl einheitlich nach Vindikationsrecht als auch einheitlich nach Kondiktionsrecht schlüssig. Die Ziehung von Nutzungen stellt hier aber, und darin liegt die Bedeutung des § 993 I 2. HS, auch einen selbständigen Eingriff i. S. der Eingriffskondiktion dar und führt folglich zur Entstehung eines eigenständigen Anspruchs aus Eingriffskondiktion auf Herausgabe der Nutzungen.<sup>258)</sup> Dieser Anspruch ist durch § 993 I 2. HS ausgeschlossen. Praktische Bedeutung gewinnt § 993 I 2. HS, wenn der Besitzer den Besitz von einem Dritten erlangt hat: Ist die Sache dem Eigentümer abhanden gekommen, so hat der Eigentümer gegen den Besitzer keinen die "Sperrwirkung" des § 993 I 2. HS unterlaufenden Anspruch aus § 812 I Satz 1 2. Alt. auf Herausgabe der Nutzungen.<sup>259)</sup>

---

257) Die Literatur bezieht zu diesem Fall keine Stellung.

258) Köbl a.a.O. (281). A. A. Westermann Sachenrecht § 31 III 1.

259) Allgemeine Ansicht, vgl. Köbl a.a.O. (297). Die Nutzungsherausgabeansprüche der §§ 987 ff. sind m. E. entgegen der von Köbl vertretenen Ansicht aber nicht nur "besondere Anwendungsfälle der Eingriffskondiktion", sondern zugleich beim Vorliegen ihrer Voraussetzungen besonderer Anwendungsfälle der Leistungskondiktion, was insbesondere die Regelung des § 818 IV beweist.

#### 4) Der Verwendungsersatzanspruch

Der redliche Eigenbesitzer hat gegen den Eigentümer einen Verwendungsersatzanspruch nach den §§ 994 I, 996.<sup>260)</sup> Es stellt sich die Frage, ob diesem Anspruch andere Ansprüche konkurrieren können.

Der redliche Eigenbesitzer, der Verwendungen auf die Sache macht, führt subjektiv ein eigenes Geschäft, objektiv aber ein Geschäft des wirklichen Eigentümers. Nach § 687 I kann er gegen den Eigentümer keinen Anspruch aus Geschäftsführung ohne Auftrag haben.<sup>261)</sup>

Der redliche Eigenbesitzer will mit seinen Verwendungen keine "Leistung" an den wirklichen Eigentümer erbringen. Er kann mithin gegen den Eigentümer keinen Anspruch aus Leistungskondiktion haben.<sup>262)</sup>

Damit stellt sich ausschließlich die Frage, ob der redliche Eigenbesitzer gegen den Eigentümer wegen seiner Verwendungen einen Anspruch aus Verwendungskondiktion, §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt., hat.<sup>263)</sup> Das ist dann der Fall, wenn der Anspruch aus Verwendungskondiktion durch die §§ 994 I, 996 nicht ausgeschlossen ist.<sup>264)</sup> Der Anspruch aus den §§ 994 I, 996 kann den Anspruch aus den §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. wiederum nur dann ausschließen, wenn jener hinter diesem zurückbleibt.<sup>265)</sup>

---

260) § 994 I hat eine Entsprechung in § 994 II, § 996 hat keine Entsprechung, vgl. das nächste Kapitel.

261) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 889.

262) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 892.

263) Zum Meinungsstand vgl. die Übersicht bei Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 895 ff.

264) Nach der Rechtsprechung werden die §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. durch die §§ 994 I, 996 ausgeschlossen, BGHZ 41, 157 (158 f.).

265) Andernfalls wäre der Ausschluß der Verwendungskondiktion ohne Sinn.

Der vindiktionsrechtliche Verwendungsbegriff ist richtiger Ansicht nach nicht enger als der kondiktionsrechtliche Verwendungsbegriff.<sup>266)</sup> Die §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. differenzieren allerdings nicht danach, ob der Verwender Besitzer oder nicht Besitzer, redlich oder nicht redlich ist.<sup>267)</sup> Der Eigentümer kann insoweit aber einredeweise die Wegnahme des die Bereicherung darstellenden Verwendungserfolges nach den Regeln über die aufgedrängte Bereicherung verlangen, ein Institut, das gleichfalls nicht danach differenziert, ob der Verwender Besitzer oder nicht Besitzer, redlich oder nicht redlich ist.<sup>268)</sup> Im Falle der aufgedrängten Bereicherung bleibt mithin nicht der Anspruch aus den §§ 994 I, 996 hinter dem Anspruch aus den §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt., sondern umgekehrt der Anspruch aus den §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. hinter dem Anspruch aus den §§ 994 I, 996 zurück.<sup>269)</sup>

Im Falle der nicht aufgedrängten Bereicherung gewinnt allerdings die Tatsache Bedeutung, daß die Anspruchsinhalte von kondiktionsrechtlichem Verwendungsersatzanspruch und vindiktionsrechtlichem Verwendungsersatzanspruch verschieden sind.<sup>270)</sup> Der kondiktionsrechtliche Verwendungsersatzanspruch

---

266) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 900.

267) Für eine entsprechende Anwendung aber des § 814 zu Recht Klauser, Aufwendungsersatz bei Neubauten und werterhöhende Verwendungen auf fremdem Grund und Boden, NJW 1965, 513 (515).

268) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 899.

269) Der Verwendungsersatzanspruch aus § 996 wird lediglich durch den objektiven Wert, nicht auch durch den subjektiven Wert des Verwendungserfolges begrenzt, Staudinger - Berg § 996 Rdz. 1; Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 897. A. A. Palandt - Bassenge § 996 Anm. 1, die auf § 996 die Grundsätze über die aufgedrängte Bereicherung entsprechend anwenden wollen, eine Ansicht, die weder im Wortlaut noch im Sinnzusammenhang des § 996 eine Stütze findet.

270) Vgl. dazu Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 881 ff.

ist bestimmt durch den objektiven und subjektiven Wert des Verwendungserfolges ohne Rücksicht auf die Höhe der Verwendungskosten.<sup>271)</sup> Der vindikationsrechtliche Verwendungersatzanspruch des redlichen Eigenbesitzers ist bestimmt durch die Höhe der Verwendungskosten, in § 994 I ohne Rücksicht auf den objektiven und subjektiven Wert des Verwendungserfolges, in § 996 begrenzt durch den objektiven Wert des Verwendungserfolges.<sup>272)</sup> Welcher Anspruch für den Verwender günstiger ist, richtet sich mithin nach dem im Einzelfall zu ermittelnden Verhältnis von Wert des Verwendungserfolges und Höhe der Verwendungskosten.<sup>273)</sup> Wie ein Vergleich zwischen § 683 und § 684 bzw. zwischen § 994 I und § 994 II aufzeigt, sieht das Gesetz in dem Anspruch auf Kostenersatz die für den Verwender gegenüber dem Anspruch auf Wertersatz günstigere Lösung.<sup>274)</sup> Aus den verschiedenen Anspruchsinhalten von kondiktionsrechtlichem Verwendungersatzanspruch und vindikationsrechtlichem Verwendungersatzanspruch kann mithin eher darauf geschlossen werden, daß der Anspruch aus den §§ 994 I, 996 den Anspruch aus den §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. nicht ausschließen soll.<sup>275)</sup> Der redliche Eigenbesitzer hat gegen den Eigentümer wegen seiner Verwendungen folglich einen Anspruch aus Verwendungskondiktion.<sup>276)</sup>

---

271) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 882.

272) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 881 bzw. Rdz. 883.

273) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 882.

274) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 900.

275) Jakobs, Die Begrenzung des Verwendungersatzes, AcP 167 (1967) 350 ff. (370 ff.); Westermann Sachenrecht § 33 I 3 b; Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 897, der für eine Ungleichbehandlung des nichtbesitzenden Verwenders und des besitzenden Verwenders zu Recht insoweit "keinen einleuchtenden Grund" sieht.

276) A. A. die wohl herrschende Auffassung in der Literatur, vgl. Köbl a.a.O. (300) m. w. N.

### Der unredliche Eigenbesitzer

#### 1) Der Schadensersatzanspruch

Die Untersuchung hat sich nunmehr dem unredlichen Besitzer, und zwar abermals zunächst dem unredlichen Eigenbesitzer, zuzuwenden. Unredlicher Eigenbesitzer ist derjenige Besitzer, der sich als Eigentümer geriert, obwohl er nicht gutgläubig annimmt, er sei auch der Eigentümer. Problematisch ist, wie bereits erwähnt, die Zuordnung für den Fall, daß der sich als Eigentümer gerierende Besitzer immerhin gutgläubig annimmt, er sei zum Fremdbesitz berechtigt.<sup>277)</sup>

Der unredliche Eigenbesitzer ist nach den §§ 990, 989 zum Schadensersatz verpflichtet, wenn "infolge seines Verschuldens die Sache verschlechtert wird, untergeht oder aus einem anderen Grunde von ihm nicht herausgegeben werden kann". Auf die gesetzliche Sonderverbindung aus den §§ 990, 989 finden die Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Sonderverbindungen Anwendung.<sup>278)</sup> Der Schadensersatzanspruch nach den §§ 990, 989 kann, da die "Sperrwirkung" des § 993 I 2. HS hier nicht eintritt, mit einem Schadensersatzanspruch nach § 823 konkurrieren.<sup>279)</sup> Das ergibt sich m. E. aber auch schon daraus, daß auch ein Schadensersatzanspruch aus einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung nach einhelliger Meinung mit einem Schadensersatzanspruch aus § 823 konkurrieren kann. Da-

---

277) Vgl. dazu die Ausführungen im 15. Kapitel.

278) Vgl. insbesondere Soergel - Mühl Rdz. 4 ff. vor § 987.

279) Köhl a.a.O. (170 ff.); Pinger, Funktion und dogmatische Einordnung des Eigentümer - Besitzer - Verhältnisses, 1973, 70 ff.

nach wäre es unverständlich, wenn man annehmen wollte, ein Schadensersatzanspruch aus der gesetzlichen Sonderverbindung der §§ 987 ff. schlosse einen Schadensersatzanspruch aus § 823 aus. Die Wertungside ntität rechtsgeschäftlicher Sonderverbindungen und der gesetzlichen Sonderverbindung der §§ 987 ff. erhellt daraus, daß die §§ 990, 989 als Projektion der positiven Vertragsverletzung in das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis aufgefaßt werden können.<sup>280)</sup>

## 2) Der Nutzungsherausgabeanspruch

Der unredliche Eigenbesitzer ist nach den §§ 990, 987 I zur Herausgabe der Nutzungen verpflichtet. Auf die gesetzliche Sonderverbindung aus den §§ 990, 987 I finden die Vorschriften über die rechtsgeschäftlichen Sonderverbindungen Anwendung.<sup>281)</sup> Der unredliche Eigenbesitzer ist überdies nach den §§ 990, 987 II zum Schadensersatz für entgegen den Regeln einer ordnungsmäßigen Wirtschaft schuldhaft nicht gezogene Nutzungen verpflichtet. Der Anspruch des Eigentümers aus den §§ 990, 987 I auf Herausgabe der Nutzungen kann entsprechend § 953 mit einem Anspruch aus § 985 konkurrieren.<sup>282)</sup> Der Eigentümer kann weiter nach den §§ 812 I Satz 1 1. Alt., 818 I einen Nutzungsherausgabeanspruch aus Leistungskondiktion haben.<sup>283)</sup> Der Eigentümer kann aber auch, etwa wenn ihm der Besitzer die Sache gestohlen hat, nach den §§ 812 I Satz 1 2. Alt., 818 I einen Nutzungsherausgabeanspruch aus Eingriffskondiktion haben.<sup>284)</sup> Der Nutzungsherausgabeanspruch aus den §§ 990, 987 I kann außerdem, da die "Sperrwirkung" des § 993 I 2. HS hier nicht

---

280) Vgl. insoweit die Ausführungen im 15. Kapitel.

281) Vgl. z. B. Erman - Hefermehl § 987 Rdz. 4.

282) Vgl. z. B. Palandt - Bassenge § 987 Anm. 1.

283) Vgl. FN 240.

284) Vgl. FN 257.

eintritt, mit einem eigenständigen Anspruch aus Eingriffskondition auf Herausgabe der Nutzungen konkurrieren.<sup>285)</sup> Der Eigentümer kann schließlich, wenn der unredliche Eigenbesitzer positiv um sein mangelndes Eigentum weiß, gemäß § 687 II verfahren.<sup>286)</sup>

### 3) Der Verwendungsersatzanspruch

Der unredliche Eigenbesitzer hat gegen den Eigentümer einen Verwendungsersatzanspruch nach § 994 II. Es stellt sich die Frage, ob diesem Anspruch andere Ansprüche konkurrieren können.

Der unredliche Eigenbesitzer, der Verwendungen auf die Sache macht, führt objektiv in jedem Fall ein Geschäft des wirklichen Eigentümers. Weiß er positiv um sein mangelndes Eigentum, führt er auch subjektiv ein Geschäft des wirklichen Eigentümers und der Eigentümer kann gemäß § 687 II verfahren.<sup>287)</sup>

Der unredliche Eigenbesitzer will mit seinen Verwendungen keine "Leistung" an den wirklichen Eigentümer erbringen. Er kann mithin gegen den Eigentümer keinen Anspruch aus Leistungskondition haben.<sup>288)</sup>

---

285) Die Literatur bezieht zu diesem Fall keine Stellung. Lediglich Köbl a.a.O. (297) deutet an, daß der Ausschluß des eigenständigen Nutzungs Herausgabeanspruchs aus Eingriffskondition nur zu Gunsten des redlichen Besitzers konzipiert sei.

286) Köbl a.a.O. (194).

287) Vgl. FN 286.

288) Vgl. FN 262.

Damit stellt sich nunmehr die Frage, ob auch der unredliche Eigenbesitzer gegen den Eigentümer wegen seiner Verwendungen einen Anspruch aus Verwendungskondition, §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt., hat.<sup>289)</sup> Es empfiehlt sich eine nach notwendigen Verwendungen und nicht notwendigen Verwendungen getrennte Prüfung, da der unredliche Eigenbesitzer nur im ersten Fall einen vindikationsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch hat.

Soweit notwendige Verwendungen in Frage stehen, ist zu ermitteln, ob die §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. durch § 994 II ausgeschlossen sind. Entsprechen die notwendigen Verwendungen dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers, so ist der vindikationsrechtliche Verwendungsersatzanspruch des unredlichen Eigenbesitzers gemäß den §§ 994 II, 683 bestimmt durch die Höhe der Verwendungskosten ohne Rücksicht auf den objektiven Wert des Verwendungserfolges.<sup>290)</sup> Der vindikationsrechtliche Verwendungsersatzanspruch bleibt hier hinter dem kondiktionsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch nicht zurück.<sup>291)</sup> Entsprechen die notwendigen Verwendungen nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Eigentümers, so ist der vindikationsrechtliche Verwendungsersatzanspruch des unredlichen Eigenbesitzers gemäß den §§ 994 II, 684 bestimmt durch den objektiven und subjektiven Wert des Verwendungserfolges, begrenzt aber richtiger Ansicht nach durch die Höhe der Verwendungskosten.<sup>292)</sup> Dem kondiktionsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch ist eine Begrenzung durch die Höhe der Verwendungskosten in Folge seiner anders ausgestalteten Dogmatik fremd. In dem hier erörterten Fall ist der Verwendungserfolg dem Eigentümer aber voraussetzungs- gemäß unwillkommen und die Bereicherung folglich auch aufge-

---

289) Vgl. FN 263f.

290) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 884.

291) Vgl. FN 274.

292) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 884 bzw. Rdz. 900 m. w. N.

drängt. Der vindikationsrechtliche Verwendungsersatzanspruch bleibt also auch hier hinter dem kondiktionsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch nicht zurück.<sup>293)</sup>

Soweit andere als notwendige Verwendungen in Frage stehen, ist zu ermitteln, ob die §§ 951 I Satz 1, 812 I Satz 1 2. Alt. dadurch ausgeschlossen sind, daß das Gesetz dem unredlichen Eigenbesitzer insoweit keinen vindikationsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch zuerkennt.<sup>294)</sup> Wenn man diese Frage mit der noch herrschenden Meinung bejaht, so macht der unredliche Eigenbesitzer, der sich in Folge grober Fahrlässigkeit für den Eigentümer hält, den wirklichen Eigentümer mit der Errichtung eines Hochhauses zum Millionär.<sup>295)</sup> Die Verwendungskondiktion kann aber entsprechend der Dogmatik des Bereicherungsrechts wie die Leistungskondiktion nur dann ausgeschlossen sein, wenn der Verwender um den Mangel des Rechts positiv weiß.<sup>296)</sup> Der unredliche Eigenbesitzer hat gegen den Eigentümer mithin auch wegen anderer als notwendiger Verwendungen einen Anspruch aus Verwendungskondiktion.<sup>297)</sup>

---

293) Vgl. FN 274.

294) Der Wortlaut des § 996 ist mehrdeutig. Die Einschränkung durch das Wort "nur" kann einmal bedeuten, daß "nur" der redliche Besitzer gerade einen vindikationsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch haben soll. Die Einschränkung kann aber ebenso bedeuten, daß "nur" der redliche Besitzer überhaupt irgendeinen Verwendungsersatzanspruch haben soll.

295) Die Ausübung des Wegnahmerechts nach § 997 I kann dem Besitzer im Einzelfall mehr Verlust als Gewinn bringen. Stand auf dem Grundstück ein Einfamilienhaus, das der Besitzer vor Errichtung des Hochhauses abreißen ließ, müßte der Besitzer nach der h. M. im Hinblick auf die §§ 997 I Satz 2, 258 resignieren. Daß dies nicht der Interessenlage entsprechen kann, liegt auf der Hand.

296) Vgl. FN 267.

297) Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 897. Es bleibt dem Eigentümer unbenommen, nach § 1004 die Beseitigung des Verwendungserfolges zu verlangen.

## 15. Kapitel

### Der redliche Fremdbesitzer

#### 1) Der Schadensersatzanspruch

Zu untersuchen ist nunmehr, inwieweit sich die Rechtslage des Fremdbesitzers von der Rechtslage des Eigenbesitzers unterscheidet. Ausgangspunkt der Untersuchung ist der redliche Fremdbesitzer.

Wer nur auf Grund eines vermeintlich wirksamen Kaufvertrages besitzt, ist Fremdbesitzer.<sup>298)</sup> Der unberechtigte, aber redliche Fremdbesitzer darf diejenigen Rechte ausüben, die der berechtigte Fremdbesitzer ausüben darf. Ein Käufer darf die Sache nutzen und Verwendungen auf sie machen. Er darf sie aber nicht schuldhaft zerstören, beschädigen oder ohne Einwilligung des Eigentümers an einen Dritten übereignen. § 324 schließt einen Schadensersatzanspruch des Eigentümers aus dem Kaufvertrag und aus § 823 sowie einen Anspruch aus § 281 auf das stellvertretende commodum nicht aus.<sup>299)</sup> Das Recht des vermeintlichen, redlichen Käufers bestimmt sich mithin nur was die Nutzungen und Verwendungen betrifft nach dem Recht des redlichen Eigenbesitzers. Wenn er die Sache aber schuldhaft zerstört, beschädigt oder ohne Einwilligung des Eigentümers an einen Dritten übereignet, begeht er einen sogenann-

---

298) Vgl. FN 233.

299) Palandt - Heinrichs § 324 Anm. 4 c bzw. Anm. 4 d.

ten Fremdbesitzerexzeß.<sup>300)</sup> Er haftet insoweit, wenngleich redlich, nach dem Recht des unredlichen Eigenbesitzers. Der Eigentümer hat mithin sowohl gegen den redlichen als auch gegen den unredlichen Fremdbesitzer einen Schadensersatzanspruch aus den §§ 990, 989 und aus § 823 sowie einen Anspruch aus § 281 auf das stellvertretende commodum.<sup>301)</sup> Wollte man sich mit der h. M. dagegen nur auf § 823 stützen und die §§ 990, 989 beim redlichen Fremdbesitzer für unanwendbar erklären, so wäre keine vertragskongruente Haftung zu erreichen und die Anwendung der §§ 275 ff., insbesondere der §§ 278, 282, ohne Rechtfertigung ausgeschlossen.<sup>302)</sup>

Der Schadensersatzanspruch des Eigentümers gegen den redlichen Fremdbesitzer wird durch § 991 II modifiziert. Der Besitzer kann dem Eigentümer eine zwischen ihm und dem Dritten bestehende Haftungsbeschränkung etwa auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit entgegenhalten, muß dann aber richtiger Ansicht nach auch eine zwischen ihm und dem Dritten bestehende Haftungserweiterung auf Zufall gegen sich gelten lassen.<sup>303)</sup> Das entspricht der Funktion der §§ 987 ff., die Maßstäbe des mißlungenen Vertragsverhältnisses kongruent nachzubilden. In gleicher Weise wirkt sich eine zwischen dem Eigentümer und dem Besitzer bestehende Haftungsbeschränkung oder Haftungserweiterung aus.<sup>304)</sup>

Beispiel: E schließt mit B einen Mietvertrag ab und übergibt ihm die Sache. Es stellt sich die Unwirksamkeit des Mietvertrages heraus. Haben E und B eine Haftungsbeschränkung etwa auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit vereinbart, so haftet B trotz der Unwirksamkeit dieser Vereinbarung nicht, wenn er

---

300) Nahezu einhellige Meinung, vgl. z. B. Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 586.

301) Westermann Sachenrecht § 32 I.

302) Insoweit zustimmend auch Baur Sachenrecht § 11 B I 3.

303) Erman - Hefermehl § 991 Rdz. 5; Soergel - Mühl § 991. A. A. Staudinger - Berg § 991 Rdz. 3; Palandt - Bassenge § 991 Anm. 2.

304) Baur Sachenrecht § 11 B I 3.

die Sache leicht fahrlässig zerstört. B bewegt sich insoweit innerhalb seines vermeintlichen Rechtskreises: Es liegt kein Fremdbesitzerexzeß vor. Setzt E den B in Schuldnerverzug, haftet B nach den §§ 990 II, 287 für jede Fahrlässigkeit und ggf. sogar für Zufall. Haben E und B eine Haftungserweiterung auf Zufall vereinbart, so haftet B trotz der Unwirksamkeit dieser Vereinbarung, wenn er die Sache ohne jede Fahrlässigkeit zerstört. B bewegt sich insoweit außerhalb seines vermeintlichen Rechtskreises: Es liegt ein Fremdbesitzerexzeß vor. Setzt B den E in Gläubigerverzug, so haftet er nach § 300 I nur für Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit.

Die Lehre vom Fremdbesitzerexzeß schafft mithin die Möglichkeit, den Haftungsrahmen der vindikationsrechtlichen Sonderverbindung dem Haftungsrahmen der von den Parteien angestrebten rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung nachzubilden.

Die Lehre vom Fremdbesitzerexzeß ist nicht auf den vindikationsrechtlichen Schadensersatzanspruch beschränkt, sondern ergreift auch, wie sogleich zu entwickeln ist, den vindikationsrechtlichen Nutzungsherausgabeanspruch und den vindikationsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch.

## 2) Der Nutzungsherausgabeanspruch

Beispiel: E bringt seinen Wagen zu dem Werkunternehmer U, der neben seiner Werkstatt eine Autovermietung betreibt. U repariert den Wagen alsbald und vermietet ihn an B, der den U gutgläubig für den Eigentümer hält.

E hat gegen den redlichen unmittelbaren Besitzer B keinen Anspruch auf Herausgabe der Nutzungen, § 993 I 2. HS. Fraglich ist, ob E gegen den bei Wirksamkeit des Werkvertrages berechtigten, bei Unwirksamkeit des Werkvertrages unberechtigten aber redlichen mittelbaren Besitzer U einen Anspruch auf Herausgabe des Mietzinses nach den §§ 987 ff. hat. Ist der Werkvertrag unwirksam, finden die §§ 987 ff. von vorne herein Anwendung. Ist der Werkvertrag wirksam, so beanspruchen, da das

Werkvertragsrecht keinen Nutzungsherausgabeanspruch enthält, die §§ 987 ff. insoweit subsidiäre Geltung.<sup>305)</sup> Der Werkunternehmer darf nur diejenigen Rechte ausüben, die ihm, bei Wirksamkeit des Werkvertrages tatsächlich, bei Unwirksamkeit des Werkvertrages vermeintlich, zustehen. Wenn er die Sache an einen Dritten vermietet, begeht er nach der hier entwickelten Auffassung einen Fremdbesitzerexzeß. Er haftet insoweit, obgleich berechtigter oder redlicher Besitzer, wie ein unredlicher Eigenbesitzer. E hat mithin gegen U nach den §§ 990, 987 I einen Anspruch auf Herausgabe des Mietzinses.<sup>306)</sup>

### 3) Der Verwendungsersatzanspruch

Beispiel: E hat dem B seine Sache verliehen und übergeben. B macht auf die Sache eine notwendige Verwendung, die aber nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des E entspricht.

Ist der Leihvertrag wirksam, bestimmt sich der Verwendungsersatzanspruch des B gemäß § 601 II Satz 1 nach den Vorschriften über die Geschäftsführung ohne Auftrag. Ist der Leihvertrag unwirksam, so finden die §§ 987 ff. Anwendung. Es stellt sich die Frage, ob B in diesem Fall einen Anspruch auf Erstattung seiner Verwendungskosten nach § 994 I Satz 1 hat. Der vermeintliche Entleiher darf nur diejenigen Rechte ausüben, die ihm bei Wirksamkeit des Leihvertrages zustehen. Bei wirksamem Leihvertrag darf der Entleiher nur solche Verwendungen machen, die dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des Verleihers entsprechen. Wenn der vermeintliche Entleiher eine Verwendung macht, die dem wirklichen oder mutmaßlichen

---

305) Westermann Sachenrecht § 32 I.

306) Eine Haftung nach § 987 II scheidet dagegen von vorne herein aus, da ein Werkvertrag gerade nicht zur Nutzung der Sache berechtigt.

Willen des mit dem Verleiher identischen Eigentümers nicht entspricht, kann man nach der hier entwickelten Auffassung auch insoweit von einem Fremdbesitzerexzeß sprechen. B hat in diesem Fall, wenngleich redlich, wie ein unredlicher Eigenbesitzer nur einen Verwendungsersatzanspruch nach § 994 II.<sup>307)</sup>

Der vermeintlich wirksame Vertrag kann sich aber auch hier zu Gunsten des redlichen Fremdbesitzers auswirken.<sup>308)</sup> Macht B im Beispielsfall eine andere als notwendige Verwendung, so muß § 996 m. E. § 601 II Satz 1 nachgebildet werden. Entspricht die Verwendung nicht dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des mit dem vermeintlichen Verleiher identischen Eigentümers, so hat B einerseits auch dann keinen Anspruch aus § 996, wenn die Verwendung den objektiven Wert der Sache erhöht.<sup>309)</sup> Entspricht die Verwendung aber dem wirklichen oder mutmaßlichen Willen des mit dem vermeintlichen Verleiher identischen Eigentümers, so hat B andererseits auch dann einen Anspruch aus § 996, wenn die Verwendung den objektiven Wert der Sache nicht erhöht.<sup>310)</sup> Die §§ 994 ff. sind mithin, und darin liegt m. E. eine hohe juristische Qualität dieser Normen, so gegeneinander abgestuft, daß sich in ihnen jede denkbare Modifikation einer rechtsgeschäftlichen Sonderverbindung abbildet.

307) H. M., vgl. insbesondere Wolff - Raiser Sachenrecht § 86 II. A. A. Westermann Sachenrecht § 33 I 3 a. Bei Einschaltung eines mittelbaren Besitzers ist m. E. § 991 II analog anzuwenden.

308) Die Rechtslage ist insoweit nicht anders als beim bereits erörterten vindikationsrechtlichen Schadensersatzrecht.

309) H. M., vgl. FN 307. B wird insoweit wie ein unredlicher Eigenbesitzer behandelt.

310) H. M., vgl. FN 307. B wird insoweit wie ein redlicher Eigenbesitzer behandelt, der eine notwendige Verwendung gemacht hat.

Eine besondere Lage ist dann gegeben, wenn in der Verwendung des Fremdbesitzers zugleich eine Leistung i. S. des § 812 I Satz 1 1. Alt. liegt.

Beispiel: E bringt seinen Wagen zu dem Werkunternehmer U. Nach der Reparatur stellt sich die Unwirksamkeit des Werkvertrages heraus.

U hat, indem er eine Verwendung auf den Wagen gemacht hat, dem E eine rechtsgrundlose Leistung erbracht.<sup>311)</sup> Es besteht kein Grund, dem U ein Zurückbehaltungsrecht aus Leistungskondiktion, §§ 812 I Satz 1 1. Alt., 818 II, zu versagen.<sup>312)</sup> Der Anspruch aus Leistungskondiktion schließt einen Anspruch aus Verwendungskondiktion aus.<sup>313)</sup> Im übrigen bleibt die Rechtslage unverändert: Der Anspruch aus Leistungskondiktion ersetzt lediglich den sonst gegebenen Anspruch aus Verwendungskondiktion. Der Verwendungsersatzanspruch aus den §§ 994 ff. kann, weil der Anspruch aus Leistungskondiktion und der Anspruch aus Verwendungskondiktion denselben Inhalt haben, den Anspruch aus Leistungskondiktion ebensowenig ausschließen wie den Anspruch aus Verwendungskondiktion.<sup>314)</sup> Umgekehrt kann der Anspruch aus Leistungskondiktion, wiederum weil der Anspruch aus Leistungskondiktion und der Anspruch aus Verwendungskondiktion denselben Inhalt haben, den Verwendungsersatzanspruch aus den §§ 994 ff. ebensowenig ausschließen wie es der Anspruch aus Verwendungskondiktion kann.<sup>315)</sup>

---

311) Vgl. FN 192.

312) Vgl. FN 193.

313) Allgemeine Meinung, vgl. z. B. Medicus Bürgerliches Recht Rdz. 727.

314) Vgl. FN 275.

315) Vgl. FN 193.

## 16. Kapitel

### Der unredliche Fremdbesitzer

Die Untersuchung hat sich abschließend dem unredlichen Fremdbesitzer zuzuwenden. Der unredliche Fremdbesitzer kann in keinem Fall besser stehen als der unredliche Eigenbesitzer. Das ergibt sich daraus, daß er die Vorteile, die der unwirksame Vertrag gegenüber den §§ 987 ff. aufweisen mag, als unredlicher Fremdbesitzer nicht geltend machen kann. Eine in einem unwirksamen Vertrag zu Gunsten des Besitzers vereinbarte Haftungsbeschränkung etwa auf Vorsatz und grobe Fahrlässigkeit schützt nur den redlichen Fremdbesitzer, nicht dagegen den unredlichen Fremdbesitzer. Der unredliche Fremdbesitzer kann im Einzelfall sogar schlechter stehen als der unredliche Eigenbesitzer. Das ergibt sich daraus, daß er die Nachteile, die der unwirksame Vertrag gegenüber den §§ 987 ff. aufweisen mag, als unredlicher Fremdbesitzer erst recht tragen muß. Eine in einem unwirksamen Vertrag zu Lasten des Besitzers vereinbarte Haftungserweiterung auf Zufall wirkt nicht nur gegen den redlichen Fremdbesitzer, sondern erst recht gegen den unredlichen Fremdbesitzer.

## Zusammenfassung der wichtigsten Ergebnisse

### I. Teil: Das Besitzrecht des Eigentümers

Ein Miteigentümer hat das dingliche Recht zum unmittelbaren Mitbesitz, und zwar entgegen der allgemeinen Ansicht gerade gemeinschaftlich mit den übrigen Miteigentümern.

Ein Gesamthandseigentümer hat das absolute Recht zum unmittelbaren Mitbesitz nicht auf Grund eines Anteils am Gesamthandseigentum, sondern auf Grund seines Mitverwaltungsrechts am Gesamthandsvermögen.

### II. Teil: Das Besitzrecht des Besitzers, der dem Eigentümer den Besitz vermittelt

Die Begriffe "dingliches Recht" und "absolutes Recht" sind nicht synonym, stehen auch nicht im Verhältnis von Unterbegriff und Oberbegriff zueinander, sondern sind verschiedenen dogmatischen Ebenen zuzuordnen. Es ist zwischen dem rechtlichen "Haben", dem rechtlichen "Können" und dem rechtlichen "Dürfen" zu unterscheiden. Fehlt dem Eigentümer, wie z. B. im Falle seiner Geschäftsunfähigkeit, das Verwaltungsrecht an seinem Vermögen, so "kann" und "darf" nicht er, sondern an seiner Stelle der Verwaltungsberechtigte die Sache übereignen; nicht er, sondern an seiner Stelle der Verwaltungsberechtigte "darf" die Sache jedermann gegenüber unmittelbar besitzen; nicht er, sondern an seiner Stelle der Verwaltungsberechtigte "kann" schließlich, in diesem Fall als gesetzlicher Vertreter, Herausgabe der Sache nach § 985 verlangen.

Der Eigentümer, der seine Sache z. B. verkauft hat, ist in seinem rechtlichen "Dürfen" nur im Verhältnis zum Käufer eingeschränkt: In diesem Verhältnis "darf" der Eigentümer die Sache nur dem Käufer übereignen; in diesem Verhältnis "darf" nicht der Eigentümer, sondern nur der Käufer die Sache unmittelbar besitzen. Während ein fremdes Verwaltungsrecht am Vermögen des Eigentümers dessen Verwaltungsrecht mit absoluter Wirkung beschränkt, beschränkt ein obligatorisches Besitzrecht gegen den Eigentümer dessen Verwaltungsrecht mit relativer Wirkung. Mit dieser Einschränkung ist die sachenrechtliche Relevanz beider Besitzrechte die gleiche. Der obligatorisch zum Besitz Berechtigte wird im übrigen durch die §§ 986 I Satz 2, 986 II geschützt. § 986 I Satz 2 ist eine sachenrechtliche Nachbildung des schuldrechtlichen § 417 I Satz 1; § 986 II ist eine sachenrechtliche Nachbildung des schuldrechtlichen § 404.

Das Zurückbehaltungsrecht kann im Gegensatz zu materiellrechtlichen Besitzrechten als vollstreckungsrechtliches Besitzrecht bezeichnet werden. Die §§ 986 II, 986 I Satz 2 finden Anwendung. Die Inkongruenz von Vindikationsrecht und Kondiktionsrecht ist eine vermeintliche: Es ist zunächst eine teleologische Reduktion des § 818 III entsprechend den §§ 994 ff. zu befürworten; § 818 II verdrängt weiter den § 818 III, wenn dem Kondiktionsverhältnis ein Vindikationsverhältnis konkurriert; die §§ 814, 815, 817 Satz 2 schließlich sind unanwendbar, wenn dem Kondiktionsverhältnis ein Vindikationsverhältnis konkurriert.

### III. Teil: Das Besitzrecht des Besitzers, der einem Dritten den Besitz vermittelt

Hat ein Dritter mit dem Eigentümer z. B. einen Pachtvertrag abgeschlossen und verliert er die Geschäftsfähigkeit, so "darf" an Stelle des Pächters der Verwaltungsberechtigte im Verhältnis zum Eigentümer die Sache unmittelbar besitzen. In gleicher Weise, wie zwischen den Begriffen "dingliches Recht" und "absolutes Recht" zu unterscheiden ist, ist auch zwischen den Begriffen "obligatorisches Recht" und "relatives Recht" zu unterscheiden.

Schließt z. B. ein Hauptmieter einen Untermietvertrag ab, so deckt die "Erlaubnis" des Vermieters bzw. Eigentümers mietrechtlich bzw. vindikationsrechtlich den Rechtsakt des Vertragsabschlusses und deliktsrechtlich den Realakt der Besitzüberlassung. Ein Schuldvertrag mit diesem Inhalt ist stets dem Bereich der Vermögenssorge, und zwar dem Bereich der Vermögenssorge auch des Eigentümers, zuzuordnen und bedarf insoweit der Legitimation. Ist der Dritte zum Abschluß des Schuldvertrages legitimiert, handelt er als "Verwalter mit Verwaltungsmacht". Die Zurechnung des Untermietvertrages oder eines vergleichbaren Rechtsverhältnisses i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. erfolgt durch eine fiktive Nachbildung des § 986 II.

Hat der Besitzer ein Zurückbehaltungsrecht gegen den Herausgabeanspruch eines Dritten, so ist auch hier § 986 I Satz 1 2. Alt. anzuwenden, soweit der Dritte beim Abschluß des Schuldvertrages als "Verwalter mit Verwaltungsmacht" gehandelt hat. War der Dritte insoweit legitimiert, so ändert auch eine eventuelle Unwirksamkeit des Schuldvertrages nichts daran, daß der Dritte beim Abschluß des Schuldvertrages als "Verwalter mit Verwaltungsmacht" gehandelt hat.

#### IV. Teil: Die Rechtsscheintatbestände

Auf die Erlaubnis des Eigentümers i. S. des § 986 I Satz 1 2. Alt. finden die §§ 170 ff. unabhängig von der Wirksamkeit des Schuldvertrages entsprechende Anwendung.

Soweit ein Rechtsscheintatbestand das vorher nicht geschützte Vertrauen in das Eigentum des Verfügenden rechtfertigt, liegt bei Unwirksamkeit des Verfügungsvertrages eine durch § 986 II analog auszufüllende Regelungslücke vor.

#### V. Teil: Die Vindikationsnebenansprüche

Der Besitzer hat den Besitz der Muttersache dann "unentgeltlich" erlangt, wenn er ihn ohne "Vermögensopfer" erlangt hat; das ist dann der Fall, wenn etwa ein Schenkungsvertrag abgeschlossen wurde, wenn der Besitzer seine Gegenleistung noch nicht erbracht hat oder wenn der Besitzer seine Gegenleistung im Wege der Retention geltend machen kann.

Die Lehre vom Fremdbesitzerexzeß ist nicht auf den vindikationsrechtlichen Schadensersatzanspruch beschränkt, sondern ergreift auch den vindikationsrechtlichen Nutzungsherausgabeanspruch und den vindikationsrechtlichen Verwendungsersatzanspruch.



## Literatur

Bartholomeyczik,  
Horst - Schlüter,  
Wilfried

Erbrecht, 10. Aufl., 1975

Baur, Fritz

Lehrbuch des Sachenrechts, 10. Aufl.,  
1978

Beitzke, Günther

Familienrecht, 21. Aufl., 1980

BGB - Reichsge-  
richtsrätekommmentar

Das Bürgerliche Gesetzbuch, Kommentar,  
Band IV, Familienrecht, 10./11. Aufl.,  
1960 ff.

(zitiert: BGB - RGRK - Bearbeiter)

v. Caemmerer,  
Ernst

Bereicherung und unerlaubte Handlung,  
Festschrift für Rabel Band I, 1954,  
333 ff. = Gesammelte Schriften Band I,  
1968, 209 ff.

Diederichsen, Uwe

Das Recht zum Besitz aus Schuldverhältnissen, 1965

Dölle, Hans

Familienrecht, Band I, 1964, Band II,  
1965

Domnrich, Walter

Die Rechtsbeziehungen zwischen Eigentü-  
mer und Mieter, NJW 1955, 1620 ff.

Dulckei, Gerhard

Die Verdinglichung obligatorischer  
Rechte, 1951

- Eichler, Hermann                      Institutionen des Sachenrechts, Band I,  
1954
- Enneccerus,  
Ludwig - Kipp,  
Theodor - Wolff,  
Martin                                      Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts,  
Band 4, Familienrecht, 7. Aufl., 1931
- Erman, Walter                              Handkommentar zum BGB, Band I und II,  
6. Aufl., 1975  
(zitiert: Erman - Bearbeiter)
- Flume, Werner                              Die Gesamthand als Besitzer, Freundes-  
gabe für Hengeler, 1972, 76 ff.
- Flume, Werner                              Der Wegfall der Bereicherung in der  
Entwicklung vom römischen zum geltenden  
Recht, Festschrift für Niedermeyer,  
1953, 103 ff.
- Gernhuber,  
Joachim                                      Lehrbuch des Familienrechts, 3. Aufl.,  
1980
- v. Gierke, Otto                              Deutsches Privatrecht, Band II,  
Sachenrecht, 1905
- Hadding,  
Walther                                      Actio pro socio, Die Einzelklagebefug-  
nis des Gesellschafters bei Gesamthands-  
ansprüchen aus dem Gesellschaftsver-  
hältnis, 1966
- Hueck, Alfred                              Gesellschaftsrecht, 17. Aufl., 1975
- Jakobs,  
Horst Heinrich                              Die Begrenzung des Verwendungsersatzes,  
AcP 167 (1967) 350 ff.

- Klauser,  
Karl-August      Aufwendungsersatz bei Neubauten und  
werterhöhende Verwendungen auf fremdem  
Grund und Boden, NJW 1965, 513 ff.
- Köbl, Ursula      Das Eigentümer - Besitzer - Verhältnis  
im Anspruchssystem des BGB, 1971
- Kuchinke, Kurt      Die Besitzlage bei Sachgütern des Ge-  
sellschaftsvermögens, Festschrift für  
Paulick, 1973, 45 ff.
- Lange, Heinrich -      Lehrbuch des Erbrechts, 2. Aufl., 1978  
Kuchinke, Kurt
- Larenz, Karl      Allgemeiner Teil des Deutschen Bürger-  
lichen Rechts, 4. Aufl., 1977
- Larenz, Karl      Lehrbuch des Schuldrechts, Band I, 11.  
Aufl., 1976, Band II, 11. Aufl., 1977
- Lenk  
(Vorname unbe-      Zur Frage, welche Bedeutung die Er-  
kannt)      laubnis des Vermieters nach § 549 BGB  
hat, NJW 1956, 290 f.
- Leser,  
Hans Georg      Von der Saldotheorie zum faktischen  
Synallagma, 1956
- Medicus, Dieter      Bürgerliches Recht, 9. Aufl., 1979
- Mentzel, Franz -      Konkursordnung, 9. Aufl., 1979  
Kuhn, Georg -  
Uhlenbruck,  
Wilhelm

- Münchener Kommentar      Münchener Kommentar zum Bürgerlichen  
Gesetzbuch, Band 5, Familienrecht, 1978  
(zitiert: Münchener Kommentar -  
Bearbeiter)
- Palandt, Otto      Bürgerliches Gesetzbuch, Kurz-Kommentar,  
39. Aufl., 1990  
(zitiert: Palandt - Bearbeiter)
- Palandt, Otto  
Haus-Martin      Rechtsgeschäftliche Folgen nichtiger  
Willenserklärungen, 1966
- Planck, Carl      Kommentar zum BGB, Band II, Recht der  
Schuldverhältnisse, 4. Aufl., 1914 ff.,  
Band III, Sachenrecht, 5. Aufl., 1933  
ff.  
(zitiert: Planck - Bearbeiter)
- Pfaffer, Winfried      Funktion und dogmatische Einordnung des  
Eigentümer - Besitzer - Verhältnisses,  
1973
- Ragge, Leo      Gebrauchs- und Besitzüberlassung, Jher.  
J. 71 (1922) 97 ff.
- Reiser, Rudolf      Eigentumsanspruch und Recht zum Besitz,  
Festschrift für Wolff, 1952, 123 ff.
- Reiser, Rudolf      Die Subsidiarität der Vindikation und  
ihrer Nebenfolgen, JZ 1961, 529 ff.
- Reiser, Rudolf  
Nathanael      Die Einrede aus dem Recht zum Besitz  
gegenüber dem Eigentumsanspruch auf  
Herausgabe der Sache (§ 986 I BGB),  
Jher. J. 67 (1917) 301 ff.

- Siber, Heinrich                      Das Verwaltungsrecht an fremdem Vermögen im Deutschen BGB, Jher. J. 67 (1917) 81 ff.
- Soergel,  
Hans Theodor                      Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band 1 - 8, 10. Aufl., 1967 ff.; Band 5, Sachenrecht, 11. Aufl., 1978 (zitiert: Soergel - Bearbeiter)
- v. Staudinger,  
Julius                              Bürgerliches Gesetzbuch, Kommentar, Band I - VI, 10./11. Aufl., 1957 ff.; Band II, Recht der Schuldverhältnisse, 12. Aufl., 1978 (zitiert: Staudinger - Bearbeiter)
- Stein, Friedrich -  
Jonas, Martin                      Zivilprozeßrecht, Kommentar, 20. Aufl., 1977 ff. (zitiert: Stein - Jonas - Bearbeiter)
- Thomas, Heinz -  
Putzo, Hans                      Zivilprozeßordnung, 10. Aufl., 1978
- Westermann, Harry                      Die Grundlagen des Gutgläubensschutzes, JuS 1963, 1 ff.
- Westermann, Harry                      Lehrbuch des Sachenrechts, 5. Aufl., 1966
- Wieling,  
Hans Josef                      Die Nutzungen des gutgläubigen Besitzers, insbesondere in fehlgeschlagenen Vertragsverhältnissen, AcP 169 (1969) 137 ff.
- Wolff, Martin                      Das Recht zum Besitze, Festgabe für Koch, 1903, 150 ff.

Wolff, Martin -  
Raiser, Ludwig

Sachenrecht, 10. Aufl., 1957

## Lebenslauf

Am 27. 10. 1947 bin ich als Sohn des Verwaltungsamtmanns Alfred Ritscher und seiner Ehefrau Lieselotte Ritscher, geb. Kettinger, in Mannheim geboren. Von 1954 bis 1958 besuchte ich die Volksschule, von 1958 bis 1968 das humanistische Karl-Friedrich-Gymnasium in Mannheim. Am 22.6.1968 legte ich das Abitur ab. Vom Wintersemester 1968/69 bis zum Sommersemester 1970 studierte ich in verschiedenen Fachrichtungen an den Universitäten Heidelberg und Freiburg. Vom Wintersemester 1970/71 bis zum Wintersemester 1974/75 studierte ich in der rechtswissenschaftlichen Fakultät an der Universität Freiburg. Am 12.6.1975 legte ich das 1. juristische Staatsexamen ab. Vom 1.9.1975 bis zum 31.8.1977 war ich Rechtsreferendar am Landgericht Offenburg. Am 13.12.1977 legte ich das 2. juristische Staatsexamen ab. Vom 1.2.1978 bis zum 31.1.1980 war ich wissenschaftlicher Mitarbeiter am Institut für Rechtsgeschichte und geschichtliche Rechtsvergleichung der Universität Freiburg. Seit dem 1.8.1980 bin ich Stadtrechtsrat z.A. in Warstein.









